#RET

Revista Española de la Transparencia

Núm. 16. Primer semestre. Enero - junio de 2023

ISSN 244-2607 www.revistatransparencia.com

FECYT-527/2022
Fecha de certificación: 7ª Convocatoria (2021)
Válido hasta: 22 de julio de 2023

CC BY SA

#RET

Revista Española de la Transparencia

ISSN 2444-2607
Depósito Legal: MU 533-2015

La REVISTA ESPAÑOLA DE LA TRANSPARENCIA (#RET) es una publicación digital de periodicidad semestral que sirve a la divulgación, análisis, debate e intercambio académico y profesional en relación a la transparencia y campos afines como la participación y la rendición de cuentas en el marco del Gobierno Abierto y el Buen Gobierno.

EDITA:

ACREDITRA. Asociación de Profesionales de la Transparencia
C/ Esparto, 2 - 30600 Archena. Murcia. España
Registro Nacional de Asociaciones: Grupo 1º / Sec. 1ª / N.º Nacional: 604676
CIF: G73832156
E-mail: info@revistatransparencia.com

IMAGEN DE PORTADA:

canva.com

ACCESO ABIERTO, CONTENIDOS, LICENCIA Y DIFUSIÓN:

Acceso abierto a sus contenidos en: www.revistatransparencia.com

La REVISTA ESPAÑOLA DE LA TRANSPARENCIA (#RET) no se hace responsable de las opiniones de los colaboradores que las expresarán, en todo momento, de manera individual y en caso alguno representando la opinión de la revista. La opinión de la REVISTA ESPAÑOLA DE LA TRANSPARENCIA (#RET) sólo se refleja en el Editorial.

La REVISTA ESPAÑOLA DE LA TRANSPARENCIA (#RET) está bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-Compartir Igual 4.0 Internacional License.

Los artículos publicados pueden ser incluidos en repositorios y difundidos libremente sin restricción alguna.

Redes sociales:
Twitter: @RETransparencia
Academia: https://independent.academia.edu/RevistaEspañoladelaTransparenciaRET

EQUIPO DE DIRECCIÓN

Director:
Luis Alberto Gálvez Muñoz
Universidad de Murcia. España

Subdirector académico:
Javier Sierra Rodríguez
UNED. España

Subdirector de divulgación:
Francisco Delgado Morales
Asociación de Profesionales de la Transparencia (ACREDITRA). España

Secretaria:
Ana Galdámez Morales
Asociación de Profesionales de la Transparencia (ACREDITRA). España

Equipo de gestión del proceso editorial:

Milagrosa Bascón Jiménez. Universidad de Córdoba. España
Pablo Cruz Mantilla de los Ríos. Universidad Pompeu Fabra. España
Ricardo Curto Rodríguez. Universidad de Oviedo. España
María Diez Garrido. Universidad de Valladolid. España
Alicia González Moro. Universidad de Sevilla. España
Daniel Jove Villares. Universidad de La Coruña. España
Gabriel López Martínez. Universidad de Alicante. España
María Dolores Montero Caro. Universidad de Córdoba. España
Eloísa Pérez Conchillo. Universidad de Granada. España
Gabriele Vestri. Universidad de Cádiz. España

CONSEJO EDITORIAL

Rafael Ayala González. *Gobierno Transparente. España*

Rafael Camacho Muñoz. *Transparencia en España.*

Arrate García Campos. *Ibatuz. España*

Rosario Lopaz Pérez. *Acreditra..España*

Cuca Sacristán Sánchez. *Consultora CIAT. España*

EVALUADORES 2022

Listado de evaluadores correspondiente a los números publicados en el año 2022
(orden alfabético de apellidos)

Pablo Alarcón Peña
Universidad Espíritu Santo (Ecuador)

David Almagro Castro
Universidad de Sevilla. España

Adrián Ballester Espinosa
Universidad de Alicante. España

Concepción Barrero Rodríguez
Universidad de Sevilla. España

Miguel Ángel Blanes Climent
Sindic de la Comunidad Valenciana. España

Antonio Juan Briones Peñalver
Universidad Politécnica de Cartagena. España

Oscar Capdeferro Villagrasa
Universitat de Barcelona. España

Jorge Castellanos Claramunt
Universidad de Valencia. España

Agustí Cerrillo Martínez
Universidad Oberta de Catalunya. España

Juan Carlos Covilla Martínez
Universidad Externado de Colombia

Iria da Cunha Fanego
UNED. España

Carmen Gloria Droguett González
Universidad Andrés Bello (Chile)

Ángel Fernández Silva
Universidad de Salamanca. España

Pamela Figueroa Rubio
Universidad de Santiago de Chile

Jesús García García
Universidad de Oviedo. España

Verónica Yazmín García Morales
Universitat de Barcelona. España

José María Gimeno Feliú
Universidad de Zaragoza. España

Alejandro Gómez Velásquez
Universidad EAFIT (Colombia)

Juan González Ayesta
Universidad de Oviedo. España

Álvaro González-Juliana Muñoz
Universidad Pompeu Fabra. España

Pilar Lourdes González Torre
Universidad de Oviedo. España

Marcos Gutiérrez Ayala
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México)

Mónica Martínez López-Sáez
Universidad de Valencia. España

Andrés Martínez Moscoso
Universidad San Francisco de Quito (Ecuador)

Lluís Medir Tejado
Universitat de Barcelona. España

Joaquín Meseguer Yebra
Ayuntamiento de Madrid. España

María Dolores Montero Caro
Universidad de Córdoba. España

Arancha Moretón Toquero
Universidad de Valladolid. España

Elisa Moreu Carbonell
Universidad de Zaragoza. España

Adriana Mutu
ESIC. España

Marta Oller Rubert
Universidad Jaume I. España

Emilio Oñate Vera
Universidad Central (Chile)

Víctor Peña Mancillas
Colegio de Sonora (México)

Camilo Perdomo Villamil
Universidad del Externado (Colombia)

Esther Rando Burgos
Universidad de Málaga. España

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz
Universidad de Jaén. España

Mª Isabel Serrano Maillo
Universidad Complutense de Madrid. España

María Eugenia Suárez Serrano
Universidad de Oviedo. España

José Antonio Tardío Pato
Universidad Miguel Hernández. España

María Eugenia Teijeiro Lillo
Universidad de Cádiz. España

Raquel Valle Escolano
UNIR. España

Manuel Villoria Mendieta
Universidad Rey Juan Carlos. España

Diego Zalbidea González
Universidad de Navarra. España

CONSEJO ASESOR

José Manuel Canales Aliende
Universidad de Alicante
España

Rosario García Mahamut
Universidad Jaime I de Castellón
España

Marcos Gutiérrez Ayala
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México

Esther Martínez Pastor
Universidad Rey Juan Carlos
España

Mariana Moranchel Pocaterra
Universidad Autónoma Metropolitana de México

Joan Oliver Araujo
Universidad de las Islas Baleares
España

José María Pérez Monguió
Universidad de Cádiz
España

Jesús Pérez Viejo
UNED
España

Edwin Cuitláhuac Ramírez Díaz
Universidad Nacional Autónoma de México

Fernando Reviriego Picón
UNED
España

Luis Efrén Ríos Vega
Universidad Autónoma de Coahuila
México

Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Universidad de Jaén
España

Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva
Universidad Complutense de Madrid. España

Isabel Serrano Maillo
Universidad Complutense de Madrid. España

Irene Spigno
Universidad de Siena
Italia

Anna M. Sroka
Universidad de Varsovia
Polonia

Antonio Torres del Moral
UNED
España

Crossref

ÍnDICEs
CSIC

Dialnet

latindex
catálogo

DOAJ
DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

MIAR

DULCINEA

REDIB
Red Iberoamericana
de Innovación y Conocimiento Científico

ERIHPLUS
EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE
HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

Scopus

BY
SA

FECYT-527/2022
Fecha de certificación: 7ª Convocatoria (2021)
Válido hasta: 22 de julio de 2023

Contenido

Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida 17
por Lorenzo Cotino Hueso

El derecho a transparencia desde una perspectiva de género 65
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz

La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en el deslinde de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas tras la reciente doctrina del TS 95
por Manuel M. Contreras Ortiz

La transparencia de las aportaciones financieras a los grupos políticos locales 121
por Severiano Fernández Ramos

Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis de legitimidad del Estado democrático 145
por Leopoldo Abad Alcalá

La corrupción como fenómeno cultural Un análisis desde la Antropología Social y Cultural 173
por Gabriel López Martínez

Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales 191
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros

Desafíos de la administración electrónica para la inclusión de las personas mayores en la sociedad digital 217
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso

Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones a nivel internacional comparado 247
por Camilo Jara Villalobos

El derecho de acceso a la información de interés público sobre personas privadas de libertad en Chile *277*
por Carmen Gloria Droguett y Nathalie Walker Silva

Participación Ciudadana en la elaboración de leyes durante la pandemia. Caso Ecuador 2020 ..... *311*
por Irma Jara -Íñiguez y Karina Herrera

La transparencia en la Administración: la experiencia de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias *347*
por María Ángeles Rodríguez Pérez

LIBRO: Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel (2022) *373*
por Daniel Jove Villares

LIBRO: El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino (2022) *379*
por José Luis Dader García

#RET

Revista Española de la Transparencia

CC BY SA

CONTRIBUCIONES

Convocatoria para la recepción de artículos

permanentemente abierta

Revista indexada en SCOPUS

Sello de calidad editorial FECYT y mención de buenas prácticas editoriales en igualdad de género

Consulte las directrices para el envío de originales en:

www.revistatransparencia.com

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida

Lorenzo Cotino Hueso[1]

Catedrático de Derecho Constitucional. Universitat de Valencia. España
Investigador de la Universidad Católica de Colombia

ORCID: 0000-0003-2661-0010

RECIBIDO: 23 de diciembre de 2022
ACEPTADO: 24 de enero de 2023

El presente estudio es resultado de investigación del proyecto ELPIS: Análisis de datos para la toma de decisiones espaciales e inteligencia artificial para la administración, Grupo de Investigación en Derecho Público y TIC como investigador de la Universidad Católica de Colombia; proyecto MICINN Retos "Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas... (RTI2018-097172-B-C21); también "La regulación de la transformación digital ..." grupo de investigación de excelencia Generalitat Valenciana "Algoritmic law" (Prometeo/2021/009, 2021-24), proyecto "Derecho, Cambio Climático y Big Data", proyecto "Transición digital de las Administraciones públicas... (TED2021-132191B-I00); Inteligencia artificial y Derecho Administrativo... (UPO-1381574). Miembro de Valgrai.

[1] Lorenzo Cotino Hueso, www.cotino.net, cotino@uv.es. Catedrático Derecho Constitucional U. Valencia, Magistrado TSJ C. Valenciana hasta 2019, Vocal del Consejo de Transparencia C. Valenciana desde 2015. Director Regulación y Derechos de OdiseIA, Coordinador Red www.derechotics.com, cofundador de la Red DAIA (Derecho Administrativo de la Inteligencia artificial). Doctor y licenciado en Derecho (UVEG), Máster en la especialidad de derechos fundamentales en Barcelona (ESADE), Licenciado y Diplomado de Estudios Avanzados de Ciencias políticas (UNED). Ha recibido premios de investigación nacionales, así como Premio Extraordinario de Doctorado. Profesor invitado en Konstanz (Alemania) desde 2004 y de diversas universidades colombianas. Autor de 16 libros, 160 artículos o capítulos y más 450 ponencias sobre gobierno abierto, inteligencia artificial, protección de datos, libertad en internet, e-Administración, temas sobre los que ha dirigido cinco proyectos nacionales de investigación.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

RESUMEN: El estudio detalla qué datos, información o conocimiento debe facilitarse sobre los sistemas de IA. Se menciona si son obligaciones normativas presentes o futuras o de autoridades regulatorias. O si son las mejores prácticas que se detectan en Reino Unido, Países Bajos o Francia. Así, hay que facilitar información sobre la existencia del sistema, obligaciones de difusión activa y futuros registros de algoritmo públicos; información sobre quiénes son los proveedores de sistema de IA y quiénes los usuarios, los responsables de protección de datos, por qué existe el sistema y sus concretas finalidades. También información sobre los datos de entrenamiento o datos de entrada, así como la tipología y especificaciones técnicas del sistema IA, incluso su código. Se concreta la información en razón del artículo 22 RGPD. Igualmente, información sobre las garantías del sistema de IA, como estudios de impacto, mitigaciones de riesgos o supervisión humana.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, transparencia de los algoritmos, explicabilidad, protección de datos, derechos.

CONTENIDOS: 1.- Transparencia y explicabilidad algorítmicas: el qué depende de para qué o para quién. 2.- La premisa: la "comunicación" de la existencia del sistema IA y notificaciones de su uso. Registros y bases de datos. 3.- Hacia la transparencia activa sobre la existencia de sistemas de IA públicos y su grado de incidencia en las decisiones públicas. 4.- Transparencia sobre quiénes son los proveedores de sistemas de IA y quiénes los utilizan y un contacto. 5.- Transparencia sobre por qué existe el sistema IA y explicación de que no había mejores alternativas. 6.- Transparencia sobre la finalidad prevista del sistema IA. 7.- Transparencia sobre los datos del sistema de IA (de entrenamiento, de entrada y los inferidos por el sistema). 8.- Transparencia sobre la tipología y especificaciones técnicas del sistema IA. *8.1.- Transparencia del tipo de sistema y algoritmos, sus módulos, grado de madurez o sistema de entrenamiento. 8.2.- El acceso al "código fuente". 8.3.- Transparencia técnica sobre el sistema IA que impone el AIA para el público en general, usuarios o entidades y autoridades supervisoras.* 9.- Transparencia sobre el fundamento y lógica del sistema IA y su incidencia en la toma de decisiones y la transparencia en razón del artículo 22 RGPD. 10.- Transparencia sobre las garantías del sistema, estudios de impacto, medidas de mitigación de riesgos, garantías de supervisión. *10.1.- Transparencia de las evaluaciones de impacto y su confidencialidad. 10.2.- Transparencia de las medidas y mitigaciones frente a riesgos. 10.3.- Transparencia sobre supervisión humana y auditorias. 10.4.- Transparencia "interna" sobre garantías del sistema en razón del AIA.* 11.- Transparencia de los algoritmos públicos y la motivación comprensible de las decisiones públicas con IA. 12.- Transparencia en la contratación pública de IA. 13.- ¿Y cómo ha de ser la información? 14.- Para concluir: Recapitulación del detalle de la información algorítmica, ¿quién accederá a ella? - Bibliografía.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

What concrete transparency and information from algorithms and artificial intelligence is due

ABSTRACT: The study details what data, information or knowledge should be provided on AI systems. It is mentioned whether these are present or future regulatory authority obligations, or if they are best practices found in the UK, the Netherlands or France. Thus, information must be provided on the existence of the system, active dissemination obligations and future public algorithm registers; information on who are the algorithm registries; information on who the AI system providers are and who the users are, the data protection officers, why the system protection officers, why the system exists and its specific purposes. Also information about the training data or input data, as well as the type and technical specifications of the AI system, including its code. The information is specified in accordance with Article 22 RGPD. Likewise, information on the guarantees of the IA system, such as impact studies, risk mitigations or human supervision.

KEYWORDS: Artificial intelligence, transparency of algorithms, explainability, data protection, rights.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

1.- Transparencia y explicabilidad algorítmicas: el qué depende de para qué o para quién

El principio de transparencia algorítmica está presente en 73 de 84 de los documentos de referencia sobre inteligencia artificial (IA)[2]. Otro estudio esencial sobre los principios éticos de la IA señala que el 94% de los documentos exhaustivamente analizados incluyen la transparencia como uno de los principios consensuados en los documentos básicos (la referencia, Fjeld *et al*, 2020, por mi parte, Cotino, 2019 a). El principio de transparencia y explicabilidad es la "pieza crucial que falta en el rompecabezas" pues "complementa los otros cuatro principios" (HLEG, 2019: 10) básicos de la ética de la IA: beneficencia ("hacer el bien"), no maleficencia ("no hacer daño"), autonomía o acción humana ("human agency") ("respeto por la autodeterminación y elección de los individuos") y justicia ("Trato justo y equitativo para todos", ídem, también, Floridi *et al*, 2018: 699-700). Así, sin transparencia no se entiende el bien o el daño de la IA, sin transparencia no se sabe cómo actuaría la IA en lugar de nosotros (autonomía). Tampoco se puede determinar la justicia y la responsabilidad. La transparencia -y explicabilidad- son el principio más consensuado, eso sí, con muchos contenidos y significados bajo dicho *paraguas*.

Y precisamente la transparencia es una herramienta, un instrumento y, por ello hay que tener en cuenta en los muy variados motivos, finalidades, intereses o derechos a los que la transparencia sirve. No en vano, el contenido o alcance de la transparencia se hace depender en muy buena medida de tales finalidades. Así, esencialmente la transparencia algorítmica es un elemento instrumental que favorece la necesitada confiabilidad en la IA (Cotino, 2022 c). Por un lado, la transparencia algorítmica es la herramienta básica de la garantía de toda una serie de principios democráticos y derechos fundamentales. Así, se exige en razón de la *accountability* y el principio democrático especialmente en los supuestos en los que se "traduce" la ley en un código. También, se dan obligaciones de publicidad activa como de derecho de acceso a la información pública respecto de los programas, algoritmos y sistemas de IA usados por el poder público, los datos que utilizan y los registros que deja la actuación automatizada. Asimismo, el régimen de protección de datos incluye fuertes obligaciones de transparencia y de derecho de acceso, incrementadas en el caso de decisiones adoptadas por sistemas algorítmicos y de IA. La transparencia también es esencial para poder controlar errores, discriminación

[2] Mantelero (2022: 98), siguiendo a Jobin *et al* (2019: 98) señala que la transparencia aparece en 73/84; no maleficencia 60/84; responsabilidad 60/84; privacidad 47/84; beneficencia 41/84; libertad y autonomía 34/84; confianza 28/84; sostenibilidad 14/84; dignidad 13/84, y solidaridad 6/84. Menciona datos de Hagendorff en donde la transparencia también era uno de los principios mencionados en más del 50% de documentos.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

y sesgo algorítmicos públicos y privados. Y se refuerzan las garantías de transparencia y explicabilidad cuando hay un uso de la IA en el ámbito sancionador, policial y judicial, en razón de las garantías de la actuación administrativa, buena Administración, no arbitrariedad, debido proceso o no discriminación. Todos estos caminos conducen a la *Roma de la transparencia*. Y en buena medida se traducen en fuertes garantías de transparencia "externa", es decir, de facilitación de datos, información o conocimiento de cara a toda la ciudadanía, a la comunidad científica o cuanto menos a todos los interesados o afectados por la IA[3], que también se denomina "explicabilidad pública"[4].

Pero, por otro lado, más allá de estos derechos, principios e intereses públicos (aunque relacionada con ellos), la transparencia es instrumento esencial para el conocimiento y comprobación del buen funcionamiento del sistema de IA por los sujetos de la cadena de valor (usuarios del sistema, importadores, distribuidores, etc.), así como todos aquellos que tienen que verificar, comprobar el mismo (autoridades, evaluadores, etc.). Ésta sería la "transparencia interna", es decir, la transparencia e información para los usuarios afectado por el sistema de IA, así como en beneficio de los auditores internos y externos, las autoridades supervisoras en su caso judiciales. Para qué y para quién es la transparencia algorítmica son elementos esenciales para su determinación sobre los que he tenido ocasión de dedicar otros estudios. El grado de detalle de la información obviamente ha de variar en unos y otros casos y también la aplicabilidad de conocidas técnicas de información por capas (información más superficial o más profunda). De igual modo, según el destinatario de la transparencia se pueden articular técnicas para preservar la reserva, confidencialidad o el secreto que hay que garantizar en algunos supuestos. Así sucede especialmente cuando se trata de la transparencia interna y la posibilidad de facilitar información más sensible a quienes contratan el sistema de IA o quienes los evalúan o controlan.

Como especialmente he analizado en reciente estudio sobre transparencia y explicabilidad (Cotino 2022 c), la "transparencia" algorítmica es un concepto general inclusivo con una miríada de nociones que orbitan a su alrededor, a saber: *trazabilidad, explicabilidad, interpretabilidad, comprensibilidad, inteligibilidad, legibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad, descomponibilidad, verificabilidad, replicabilidad, comunicación, código abierto*, así como referencias a la *transparencia técnica en sentido estricto*, o la importante

[3] Con mayor detalle Cotino, 2022 d. Esta interesante distinción transparencia externa-interna, parte del Ministerio del Interior Países Bajos (2021: apartado, 2B.4), su conocido en estudio de impacto de algoritmos.

[4] *Ibídem*, con remisión al *Toetsingskader Algemene Rekenkamer*, esto es, Marco de pruebas de algoritmos: primeros pasos. Disponible en https://bit.ly/3kpbuAo

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

diferencia que se ha seguido entre *transparencia externa e interna*. Me remito a la concreción de estos conceptos.

También, en dicho estudio introducen algunos elementos generales sobre ¿cuánta transparencia? Así, se afirma que el grado de transparencia habrá de ser mayor a impacto y riesgo por el uso de la IA. También habrá de ser mayor según la mayor opacidad y el tipo de algoritmo. Del mismo modo, a mayor participación, control y supervisión humana en las decisiones de la IA es posible exigir menor transparencia y explicabilidad del sistema de IA utilizada. Asimismo y como principio, también mayor transparencia se ha de dar cuando haya un uso de algoritmos por el poder público. Lamentablemente, el muy mejorable artículo 41 Ley 40/2015 y otras regulaciones no parecen ir en esa dirección y al menos en España el sector público no tiene casi interés en exigir garantías de transparencia y explicabilidad cuando es él quien utiliza los algoritmos y sistemas de IA.

Pues bien, a partir de estas premisas, el presente estudio se centra en qué transparencia algorítmica, esto es, qué datos, información o conocimiento debe facilitarse. La disposición o liberación de esta información no absorbe totalmente qué transparencia algorítmica, pues la transparencia también se puede traducir en la apertura y acceso al sistema para poder operar, testear y *jugar* con él y poder conocerlo. Asimismo se hace algún apunte de cómo hay que disponer estos datos, información y conocimiento. En la descripción de los variados contenidos de la transparencia se menciona si se trata de exigencias normativas presentes o futuras. Hoy por hoy las exigencias de transparencia se dan bien por normativa de protección de datos en general, bien por sus exigencias especiales respecto de decisiones automatizadas (art. 22 RGPD y afines). También hay algunas normativas sectoriales (como la *ley rider* -art. 64.4.d) Estatuto de los Trabajadores). Especial importancia tiene la normativa aplicable al uso público de algoritmos e IA (una clara visión de conjunto de interés, Jiménez, 2022; Boix, 2022), pese a que en España -a diferencia de Francia, por ejemplo- es una regulación muy mejorable. En el contexto público la transparencia algorítmica se da por exigencias constitucionales (arts. 9.3, 24 CE) y legales generales, así como por algunas regulaciones específicas aplicables (art. 41 Ley 40/2015, arts. 13 y 11 artículo 13 Real Decreto 203/2021). Más positivas son regulaciones novedosas como la avanzada Ley 1/2022 valenciana de transparencia o el artículo 23 Ley 15/2022 inspirada en el apartado XVIII de la Carta de Derechos Digitales, a la que también se presta singular atención. En todo caso, aunque no está aprobado, se tiene especialmente en cuenta la transparencia exigida en razón del futuro Reglamento de IA de la UE ("Artificial Intelligence Act", en adelante AIA). Además de la normativa, en este estudio se acude a las autoridades de referencia (normalmente internacionales, europeas y comparadas) que van detallando las exigencias normativas o van proponiendo los estándares de transparencia deseables en general o en particular para el sector público. En este punto hay que destacar desde ya los especiales aportes para la transferencia autolimita pública, por

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

el ICO inglés (2021 a, b, ICO y Alan Turing Institute, 2022), desde Países Bajos (en especial Mº Justicia, 2021) y desde el Etalab francés (2022). Por su parte, los organismos de normalización técnica NIST (EEUU, 2022 a y b), ISO, CEN CENELEC (UE) por lo general abordan -e incipientemente- la transparencia interna, no la transparencia dirigida al público en general[5].

2.- La premisa: la "comunicación" de la existencia del sistema IA y notificaciones de su uso. Registros y bases de datos

El Grupo Independiente de Expertos de Alto nivel sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea (HLEG, 2019) incluye en la transparencia a la "comunicación", esencialmente como "derecho a saber que [las personas] están interactuando con un sistema de IA" (nº 78) y para ello los sistemas de IA se deben identificar como tales a los humanos.[6] Siguiendo el estudio de referencia de Harvard, la comunicación se desdobla en primer lugar, como un principio de "notificación cuando se interactúa con un sistema de IA" (J. Fjeld, *et al.*, 2020), de modo que "los seres humanos siempre deben ser conscientes cuando se relacionan con la tecnología en lugar de hacerlo directamente con otra persona". Ello es especialmente respecto de "interacciones de chatbots, los sistemas de reconocimiento facial, los sistemas de puntuación de crédito y, en general, "cuando los sistemas de aprendizaje automático se utilizan en la esfera pública". Igualmente se afirma un "principio de interacción" para advertir que existe, por ejemplo, un sistema de reconocimiento facial.

A este respecto cabe destacar el artículo 52 del futuro AIA, que no está reservado a los sistemas de alto riesgo: "Obligaciones de transparencia para determinados sistemas de IA". Se dispone que "Los proveedores garantizarán que los sistemas de IA destinados a interactuar con personas físicas estén diseñados y desarrollados de

[5] En el contexto de ISO cabe remitir ISO/IEC TR 24027 *Sesgo en sistemas de IA y toma de decisiones asistida por IA* ISO/IEC TR 24029-1 *Evaluación de la robustez de la red neuronal ISO 26000 Guía sobre responsabilidad social*). Y en desarrollo: ISO/IEC DIS 23894 *Gestión de riesgos*, ISO/IEC AWI TS12791 *Tratamiento del sesgo no deseado en la clasificación y tareas de aprendizaje automático de regresión* así como ISO/IEC AWI 12792 *Taxonomía de transparencia de los sistemas de IA.* En el contexto de CEN CENELEC de la Unión Europea, se sigue en 2022 el proceso de adopción de las primeras normas, cabe destacar la CEN/CLC/JTC 21 - *Artificial Intelligence*.

[6] Nº 78: "Comunicación. Los sistemas de IA no deberían presentarse a sí mismos como humanos ante los usuarios; las personas tienen derecho a saber que están interactuando con un sistema de IA. Por lo tanto, los sistemas de IA deben ser identificables como tales. Además, cuando sea necesario, se debería ofrecer al usuario la posibilidad de decidir si prefiere interactuar con un sistema de IA o con otra persona, con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales. Más allá de lo expuesto, se debería informar sobre las capacidades y limitaciones del sistema de IA a los profesionales o usuarios finales; dicha información debería proporcionarse de un modo adecuado según el caso de uso de que se trate y debería incluir información acerca del nivel de precisión del sistema de IA, así como de sus limitaciones."

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

forma que dichas personas estén informadas de que están interactuando con un sistema de IA" (1º). Asimismo se debe informar del funcionamiento del sistema -y obviamente de su existencia- a las personas "expuestas" a "un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica" 2º). También se debe conocer cuando un "sistema de IA que genere o manipule contenido de imagen, sonido o vídeo que se asemeje notablemente a personas, objetos, lugares u otras entidades o sucesos existentes, y que pueda inducir erróneamente a una persona a pensar que son auténticos o verídicos (ultrafalsificación), harán público que el contenido ha sido generado de forma artificial o manipulado."

También la transparencia como "comunicación" se desdobla en un "principio de notificación" de la adopción de decisiones por un sistema de IA (J. Fjeld, *et al.*, 2020), que vendría acompañado en su caso de la opción de no utilizar esos sistemas o aportar la información a los mismos. Se conecta especialmente respecto de las decisiones de sistemas IA sobre individuos y las garantías frente a las mismas, a las que se hará especial referencia más adelante.

El AIA para algunos sistemas de alto riesgo crea la "Base de datos de la UE para sistemas de IA de alto riesgo independientes" y la información de esta base de datos "será accesible para el público" (art. 60.2º). En dicha base de datos tienen que registrarse algunos sistemas de alto riesgo[7] (art. 51 AIA) y todo el mundo puede acceder a información bastante básica que se detalla en el Anexo VIII. Se trata de un esquema de transparencia activa que se daba antiguamente con las bases de datos personales, que habían de registrarse y su información básica se hacía pública. No obstante, el sistema se abandonó con el RGPD pero se retoma en el caso de los sistemas de alto riesgo.

3.- Hacia la transparencia activa sobre la existencia de sistemas de IA públicos y su grado de incidencia en las decisiones públicas

En el caso del sector público es especialmente preocupante que tan siquiera sepamos qué sistemas de IA existen e impactan en la actuación y prestación de servicios así como en nuestros derechos (en especial, Cotino, 2021).

Desde 2019 la Red de Derecho Administrativo de la IA (Red DAIA, 2019 a y b) hemos criticado y mucho que no haya un mapeo de los usos de IA en el sector público. De hecho, al menos en los casos en los que el sistema de IA trate datos personales considero que sería una obligación legal difundir estos tratamientos en razón del artículo 6 bis de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, respecto del

[7] En concreto, respecto de los sistemas de alto riesgo según el listado del Anexo III (art. 6. 2º), esto es, los otros sistemas de alto riesgo en razón del artículo 6.1º y Anexo II no tienen que registrarse en la base de datos.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

inventario de actividades de tratamiento en aplicación del artículo 31 de la Ley orgánica 8/2018. Y hoy por hoy no se conoce un caso en el que se cumpla dicha obligación.

La situación actual es ciertamente lamentable por cuanto sólo se conocen los sistemas IA que los poderes públicos tienen a bien exhibir y en modo alguno sistemas masivamente utilizados por la Agencia Tributaria o la Tesorería General de la Seguridad Social, entre otros, que únicamente se intuyen. Es casi imposible conocer los sistemas algorítmicos a través de anuncios en plataformas de contratación, ciertamente la función de transparencia de estas plataformas es otra y no hay homogeneidad alguna (Gutiérrez, 2021: 29-30). De hecho, cuando se conoce la existencia pública de un sistema algorítmico relevante, resulta casi imposible conocer los detalles técnicos que pueden tener importancia para conocer el impacto en derechos e intereses. Así sucede por ejemplo con el sistema *Viogen*[8]. El ejercicio del derecho de acceso a la información pública puede ser útil pero tiene sus límites[9]. A nivel europeo se presentó un primer mapeo de sistemas públicos de IA (Misuraca, 2020), que ha sido completado recientemente (AI Watch, 2022 a y también 2022 b). En cualquier caso y pese a la utilidad de estos documentos, se trata esencialmente de los usos que el propio poder público quiere dar a conocer.

Es especialmente difícil conocer los sistemas de IA que se están usando para asistir o apoyar decisiones públicas, especialmente en fases previas o preparatorias. Ello queda en general bajo el régimen parco y difuso de la "información y actuaciones previas" del artículo 55 Ley 39/2015 de procedimiento. En esta fase, la luz de la transparencia es muy tenue y difícilmente alcanza ni el derecho de acceso al expediente del propio interesado (artículo 53 Ley 39/2015) ni la legislación de transparencia. El ámbito tributario utiliza intensivamente estos sistemas, pero su opacidad está especialmente protegida por el artículo 170.7 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio que dispone que "los medios informáticos de tratamiento de información y los demás sistemas de selección de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de actuaciones inspectoras tendrán carácter reservado, no serán objeto de publicidad o de comunicación ni se pondrán de manifiesto a los obligados tributarios ni a órganos ajenos a la aplicación de los tributos." Asimismo, se trata de una fase de la actuación administrativa en buena medida inmune al control judicial.

[8] Véase el reportaje publicado en el diario El País (elpais.com) el 10 de abril de 2022 bajo el título "VioGén: visita a las tripas del algoritmo que calcula el riesgo de que una mujer sufra violencia machista". Amnistía Internacional y la Universidad de Valencia están intentando recabar información sobre el sistema. Cabe también remitir al informe presentado por Fundación Eticas (2022).

[9] Quien suscribe el 29 de julio de 2020 ejerció un derecho de acceso a la información pública. Así, ante la Dirección General de Planificación Estratégica, Calidad y Modernización de la Consellería de Justicia, que fue resuelto favorablemente el 20 de agosto de 2020 (GVRTE/2020/1163199). Se formularon 17 preguntas. He dispuesto un acceso a la resolución que incluye las preguntas formuladas en https://bit.ly/37f2apR

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

No en vano, la determinación de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de comprobación "tiene el carácter de acto de mero trámite y no será susceptible de recurso o reclamación económico-administrativa" (art. 170.8º Real Decreto 1065/2007). Así pues, estos usos que son realmente importantes hoy día quedan fuera de la actuación formal y por ello se facilita una *huida del Derecho*: garantías de transparencia, respeto del derecho a una buena administración, garantías del procedimiento, etc. y también prácticamente blindados al control judicial. Debería proclamarse una clara trazabilidad y transparencia del uso de sistemas algorítmicos en cualquier fase y tipo de actuación administrativa -formal o informal- que, entre otras cosas, permita determinar el grado real de intervención humana en la toma de decisiones (Red DAIA, 2019a, conclusión nº 3).

La Carta de Derechos digitales en su apartado XVIII (Cotino, 2022 b) respecto de la Administración y en concreto su punto 5º señala que "el poder público autor de una actividad en el entorno digital deberá identificar a los órganos responsables de la misma." Se sigue así lo dispuesto en el artículo 41. 2º Ley 40/2015 cuando impone que en las actuaciones automatizadas "se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación." Poco parece aportar pues la Carta a este respecto. Bien es cierto que es de interés que la letra b del apartado 6 de este XVIII, afirma como derecho la transparencia, que incluye entre otros elementos la obligación de informar "su carácter decisorio o no decisorio" del uso de IA público.

No obstante, dada la relevancia de la cuestión podría haberse ido más allá. Precisamente desde DAIA quien suscribe propuso que este apartado 5º se completara (Red DAIA, 2020). En concreto, propuse que dicho apartado incluyera "De igual modo, en el caso de tratamientos automatizados o uso de sistemas de IA habrá de detallarse si se trata de una decisión plenamente automatizada. Igualmente se concretará en qué medida el sistema o tratamiento utilizado en las diversas fases de la actuación predetermina el contenido de actuaciones administrativas, como pueda ser el caso de actuaciones de contratación, adjudicación de ayudas o subvenciones, excepto en las actuaciones plenamente regladas.

Asimismo, en el apartado relativo al reconocimiento de derechos, en general propuse que los mismos será de aplicación "en el marco de la actuación administrativa *en todas sus fases, incluidas las fases información y actuaciones previas".* Es más, entre los derechos, propuse añadir otra letra relativa a esta cuestión, entre los derechos que se reconocen: "x) En el caso de que la decisión administrativa adoptada reproduzca esencialmente la propuesta del sistema automatizado o inteligente, o de IA, habrá de garantizarse que el interesado conozca dicha situación para poder ejercer sus derechos."

A este respecto, en las aportaciones que lanzamos desde OdiseIA (2021), Gutiérrez recuerda que como mínimo el interesado tiene derecho a conocer de forma explícita

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

desde el inicio del procedimiento o de la actuación material que la decisión será objeto de automatización total o parcial y, en su caso, en qué fase o fases del procedimiento se aplica dicha automatización. Esa información permitiría individualizar el posible "vicio del acto" o de un "elemento concreto del acto" de cara a su impugnación. La profesora se preguntaba, con relación a los derechos del interesado en el procedimiento administrativo previsto en el art. 53.1.a) Ley 39/2015, o a la puesta de manifiesto del expediente en el trámite de audiencia ¿cómo se materializaría dada la concepción restrictiva actual del expediente administrativo (art. 70.4 Ley 39/2015), al no formar parte del expediente la información contenida en "aplicaciones, bases de datos o informes internos" (supongamos que esos informes se han generado de forma automatizada por un algoritmo).

Esta situación de clara opacidad se está remediando sólo tímidamente en España. Las insuficiencias del artículo 41 de la Ley 40/2015 son palmarias y el artículo 13 del Decreto 203/2021 sólo las atempera. Así, en razón de este artículo 13 sólo para la AGE un sistema que adopte decisiones íntegramente automatizadas debe ser autorizado por resolución. Por lo que ahora interesa, dicha resolución, expresando los recursos procedentes, se publicará en la sede de la AGE. El contenido de la resolución que ha de publicarse puede adivinarse en razón del artículo 11. 1. *i*, pues habrá de incluir una "relación actualizada de las actuaciones administrativas automatizadas vinculadas a los servicios, procedimientos […]. Cada una se acompañará de la descripción de su diseño y funcionamiento, los mecanismos de rendición de cuentas y transparencia, así como los datos utilizados en su configuración y aprendizaje". Posiblemente algún organismo de la AGE ya cumpla con esta obligación, pero lo cierto es que no ha sido posible localizar un solo ejemplo en las sedes electrónicas.

Especialmente novedosa es la Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana. Su artículo 16.1 l) impone la publicidad activa "de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial que tengan impacto en los procedimientos administrativos o la prestación de los servicios públicos"[10]. La implantación de esta obligación no es sencilla[11] y se pretende superar experiencias voluntarias como las del City of Helsinki AI Register[12] o el de

[10] "l) La relación de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial que tengan impacto en los procedimientos administrativos o la prestación de los servicios públicos con la descripción de manera comprensible de su diseño y funcionamiento, el nivel de riesgo que implican y el punto de contacto al que poder dirigirse en cada caso, de acuerdo con los principios de transparencia y explicabilidad."

[11] Quien suscribe dirige el grupo de investigación de la Universidad de Valencia que suscribe un Convenio de colaboración Científica con la Dirección General de Transparencia desde 2022 para los estudios e investigación de la implantación de la publicidad activa de los sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial usados por el sector público, exigida por la Ley 1/2022, de 13 de abril.

[12] Helsinki: https://ai.hel.fi/en/ai-register/

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

Ámsterdam[13]. En Francia destaca el inventario de algoritmos de la ciudad de Antibes Juan-les-Pins[14] y las listas de algoritmos de Nantes-Métropole[15] y de Pôle Emploi[16]. Pese a que se pueda señalar que hay *más* ruido que nueces (Benítez, 2022), ciertamente en Reino Unido, Francia o Países Bajos se trata de acciones de gran profundidad. Aún sin que sea obligatorio normativamente quizá el mejor ejemplo en España lo brinda el ámbito de salud catalán[17].

4.- Transparencia sobre quiénes son los proveedores de sistemas de IA y quiénes los utilizan y un contacto

No es momento ahora de detallar la compleja cadena de valor en la IA. Entre los distintos "operadores" de los sistemas IA[18], basta distinguir ahora esencialmente las figuras del o proveedor del sistema (por ejemplo, la empresa que diseña y desarrolla el sistema y lo pone en el mercado para su uso), en su caso del importador o distribuidor[19], así como la posición del "usuario" que utiliza el sistema desarrollado (por ejemplo, una empresa o administración que ha contratado el uso del sistema). Hay que distinguir estas posiciones del proveedor y del usuario quienes son los colectivos o personas afectadas por el uso del sistema de IA. Y es que hay que llamar la atención de un equívoco habitual. En el caso de la IA, los consumidores o "usuarios" no son las personas interesadas o afectadas, que son normalmente personas físicas o jurídicas a cuyos derechos impacta el uso de la IA por los usuarios (por ejemplo, el trabajador o cliente de esa empresa o el ciudadano ante la Administración usuaria de IA).

Así las cosas, a la hora de informar sobre quién, se tratará de informar sobre quién es la entidad que ha desarrollado o es el proveedor del sistema de IA de alto riesgo. Para los usuarios del sistema, el futuro AIA en su artículo 13. 3º a) obliga al proveedor

[13] Ámsterdam: https://algoritmeregister.amsterdam.nl/en/ai-register/

[14] Antibes Juan-les-Pins: https://bit.ly/3wekNFO

[15] Nantes-Métropole: https://bit.ly/3wf0KqC

[16] Pôle Emploi: https://www.pole-emploi.fr/candidat/algorithmes.html

[17] *Observatori IA en salut, Identificació d'algorismes d'IA* https://bit.ly/3ilnyvT

[18] EL artículo 3 AIA introduce la noción inclusiva de "Operador" (nº 8), esto es, "el proveedor, el usuario, el representante autorizado, el importador y el distribuidor."

[19] Artículo 3, AIA "2) Proveedor»: toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que desarrolle un sistema de IA o para el que se haya desarrollado un sistema de IA con vistas a introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio con su propio nombre o marca comercial, ya sea de manera remunerada o gratuita."

[…] 7) Distribuidor: toda persona física o jurídica que forme parte de la cadena de suministro, distinta del proveedor o el importador, que comercializa un sistema de IA en el mercado de la Unión sin influir sobre sus propiedades."

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

a especificar la información sobre "a) la identidad y los datos de contacto del proveedor y, en su caso, de su representante autorizado".

Ya de cara al público en general (y por ende potenciales interesados o afectados) y como se ha anticipado el futuro AIA obliga a registrar determinados sistemas de alto riesgo y la información básica sobre los mismos crea la "Base de datos de la UE para sistemas de IA de alto riesgo (art. 51 AIA) y la información de esta base de datos "será accesible para el público" (art. 60.2º). Por lo que ahora interesa, se incluye información del proveedor del sistema IA, en su caso del representante[20].

Para el caso del uso público de IA, el ICO (2021; 2022) ha concretado la información que se ha dar respecto de los sujetos y para todo el público en su guía de transparencia algorítmica pública del ICO para el Reino Unido. Así, se solicita que se enumere quién es responsable de implementar su herramienta, detallando la organización, el equipo responsable de la herramienta; propietario principal responsable; proveedor externo o cualquier tercero involucrado. Se ha de informar también si la herramienta ha sido desarrollada externamente. Incluso hay que identificar el número de Registro Mercantil de su proveedor externo y el papel desarrollado y los términos de su acceso a cualquier dato del gobierno. En Francia el Etalab impone informar sobre "la administración responsable de la decisión" (2022: 15) en la mención explícita obligatoria y para el registro de algoritmos: Nombre de la administración Dirección/departamento responsable; Contacto en la administración de que se trate (2022: 18).

La reciente Ley 1/2022, de 13 de abril, valenciana que impone la publicidad activa en el portal de transparencia sobre algoritmo y sistemas IA obliga a informar de "el punto de contacto al que poder dirigirse en cada caso, de acuerdo con los principios de transparencia y explicabilidad." (art. 16 l).

En el caso de que el sistema IA trate datos personales, la información que obligatoriamente debe facilitarse al público (de cara a los propios interesados) debe conjugarse con las figuras de responsable, corresponsables o encargados. En esta dirección, el artículo 13 RGPD obliga a facilitar información sobre "a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante; b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;" Y, también, "e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;". Piénsese que, en principio, el "usuario" del sistema de IA que trata datos personales será el "responsable" del tratamiento, mientras que el proveedor o desarrollador del sistema de IA en principio será un encargado del tratamiento. Así, en principio, por

[20] Así: "1. El nombre, dirección y datos de contacto del proveedor"; "2. Cuando sea otra persona la que presente la información en nombre del proveedor, el nombre, dirección y datos de contacto de dicha persona; 3. El nombre, dirección y datos de contacto del representante autorizado, en su caso."

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

normativa de protección de datos, habrá de informarse de la identidad del usuario del sistema y no del desarrollador o proveedor. Ello será así siempre que el desarrollador o proveedor del sistema de IA no haga un tratamiento con esos datos personales para sus finalidades propias, cosa que no es en modo alguno inhabitual en la cadena de valor de la IA. En este último caso, sería también responsable del tratamiento y también habría de informar en razón del RGPD. En la misma dirección, si el usuario del sistema IA, que es el responsable, comunica datos personales a un tercero (como por ejemplo, datos inferidos por el sistema IA relacionados con el afectado), debe facilitarse la información del destinatario.

5.- Transparencia sobre por qué existe el sistema IA y explicación de que no había mejores alternativas

Resulta de interés destacar que las exigencias de la transparencia, al menos en el ámbito público, parecen exigir también dar explicaciones sobre "cómo y bajo qué criterios" se han adoptado decisiones sobre el uso de sistemas algorítmicos por las instituciones públicas. Y, de especial interés, "por qué dicha implementación tecnológica innovadora es la mejor alternativa frente a otras soluciones". Se requiere también que se "enumere las alternativas no algorítmicas que consideró, si esto se aplica a su proyecto, o una descripción de su proceso de toma de decisiones antes de presentar la herramienta (2.3)" (ICO, 2021 b, detallando la información de segundo nivel.).

Se trataría de información valiosa que queda estrechamente ligada al principio de proporcionalidad como alternatividad tanto en general para el poder público como en especial cuando haya restricciones o impactos en derechos fundamentales. Es decir, se parte de los peligros que implica el uso de algoritmos públicos y sobre esta base se requiere que, al menos, se hayan valorado alternativas para no utilizar un sistema de IA. Ello puede especialmente ser importante en los casos en los que se opte por el uso de sistemas de IA intrínsecamente opacos y, en particular, por el poder público.

En una línea similar y para el sector público o privado, el caso de sistemas de IA que traten con datos personales, la AEPD apunta en su lista de evaluación de auditoría que "Teniendo en cuenta criterios de eficiencia, calidad y precisión del componente IA, se ha elegido el modelo más adecuado (usando criterios de simplicidad e inteligibilidad), entre varios componentes concurrentes, y desde el punto de vista de su codificación para facilitar la legibilidad, comprensión de su lógica, la coherencia interna y la explicabilidad" (AEPD, 2021: 15-16). En esta línea, las Directrices para el sector público de Países Bajos (Mº Justicia, 2021) también señalan que se facilite información de por qué se realiza análisis de datos y, por lo que más interesa, "por qué el uso del análisis de datos es proporcionado, y no había mejores alternativas para lograr el objetivo".

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

6.- Transparencia sobre la finalidad prevista del sistema IA

Además de la información sobre la existencia misma del sistema de IA, resulta esencial la información sobre para qué sirve, esto es, detallar los fines, generales y concretos, del modelo y en su caso la prioridad de los mismos (Gutiérrez, 2021: 55-56). Un elemento esencial es la finalidad prevista del sistema de IA (artículo 3. 12º[21]), esto es, el uso para el que un proveedor concibe un sistema de IA. Precisamente la finalidad prevista es la que determina que un sistema se considere o no de alto riesgo y, por tanto, quede sujeto a un régimen jurídico muy exigente por su peligrosidad e impacto en los afectados. Como claro ejemplo, el Anexo III AIA determina como sistemas de alto riesgo los que se utilicen con las finalidades de identificación y categorización de personas físicas con sistemas biométricos e IA; componentes de seguridad en la gestión y explotación del tráfico rodado y el suministro de agua, gas, calefacción y electricidad; para controlar las emisiones y la contaminación; para el acceso, admisión o la asignación de personas programas educativos; para evaluar los resultados del aprendizaje o dirigir el proceso de aprendizaje. En el ámbito laboral la IA, para la contratación, evaluación de candidatos, promoción y la terminación de las relaciones contractuales, asignación de tareas, etc.

Hay que destacar que en términos del AIA, el proveedor debe valorar cuál es el "rendimiento" del sistema, esto es "la capacidad de un sistema de IA para lograr su objetivo", art. 3. 18). Debe señalarse que, esencialmente, se requiere que la finalidad prevista o propósito del sistema IA y la capacidad del mismo sirva principal y directamente a la finalidad considerada de alto riesgo por el anexo III. Es decir, un sistema de IA no deberá considerarse de alto riesgo si es utilizado de manera meramente instrumental o auxiliar para las finalidades del anexo III. Es decir, que su utilización para tal finalidad "no es puramente accesoria" (art. 6. 3 b) versión Presidencia checa julio 2022), sino que en su caso se adoptan decisiones a partir de los datos de salida del sistema de IA. La finalidad prevista por el proveedor o desarrollador es la que tiene que seguir el usuario que utilice el sistema. Si el usuario del sistema IA lo destina a otras finalidades, pasa a quedar obligado como proveedor.

Pues bien, en el caso de los sistemas de alto riesgo que regula el AIA, el artículo 13. 3º sobre transparencia obliga a que el proveedor informe al usuario del sistema (no al afectado) de "b) las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo, y en particular: i) su finalidad prevista; iii) cualquier circunstancia conocida o previsible, asociada a la utilización del sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o a un uso indebido razonablemente

[21] Cabe recordar la definición del artículo 1. 12) AIA "Finalidad prevista: el uso para el que un proveedor concibe un sistema de IA, incluido el contexto y las condiciones de uso concretas, según la información facilitada por el proveedor en las instrucciones de uso, los materiales y las declaraciones de promoción y venta, y la documentación técnica."

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

previsible, que pueda dar lugar a riesgos para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales; iv) su funcionamiento en relación con las personas o los grupos de personas en relación con los que se pretenda utilizar el sistema".

Se trata de información del proveedor al usuario. Y debe tenerse en cuenta en general, que la transparencia a la que obliga el artículo 13 AIA del proveedor al usuario, es "un tipo y un nivel de transparencia adecuados para que el usuario y el proveedor cumplan las obligaciones oportunas previstas" En este punto, pese a que la regulación podría ser más detallada, habría que incluir las obligaciones de protección de datos por las que el usuario del sistema IA, como responsable del tratamiento de datos, debe informar a los afectados e interesados en materia de protección de datos. El usuario del sistema debe poder contar con información suficiente para ello por parte de su proveedor de IA que, como se ha indicado, es el "encargado" en términos de protección de datos.

La información de los proveedores sobre la finalidad prevista del sistema IA no es sólo para los usuarios (art 13) o a las entidades de certificación o supervisoras, sino que también debe exponer la finalidad del sistema en la base de datos pública (art. 60.2º, art. 51 AIA, Anexo VIII). Así, se obliga a que estos registros de acceso público incluyan información sobre "5. La descripción de la finalidad prevista del sistema de IA, Anexo VIII).

Respecto del uso público de IA, cabe seguir al ICO, por cuanto se debe informar sobre el alcance de la herramienta, para qué ha sido diseñada y para qué no está destinada. Se incluye "describir para qué se ha diseñado y para qué no se ha diseñado la herramienta, incluidos los fines para los que las personas pueden pensar erróneamente que se utilizará la herramienta" (2.1). Igualmente, "proporcionar una lista de beneficios: valor por dinero, eficiencia o facilidad para el individuo" (2.2). De igual modo, el ICO (2021 b) requiere que se explique "qué problema está tratando de resolver con la herramienta y cómo está resolviendo el problema" y "su justificación o justificación para usar la herramienta". Resulta también muy relevante el grado de detalle para que se facilite información sobre "con qué frecuencia se usa la herramienta"[22].

Sea o no un sistema de alto riesgo, público o privado, si el sistema de IA trata datos personales, según el artículo 13 RGPD hay que facilitar al público información sobre "c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento". No hay que olvidar la importancia de los "Principios relativos al tratamiento", en particular que los datos son "b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos" (art. 5 RGPD). Así, habrá que facilitar información respecto de las finalidades "explícitas" y con suficiente grado de concreción respecto del

[22] "Por ejemplo, la cantidad de decisiones tomadas por mes o la cantidad de ciudadanos que interactúan con la herramienta (2.5)". ICO (2021 b).

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

tratamiento de datos (AEPD, 2018: 7.2 "Finalidad", 10 y ss.). Deben evitarse prácticas tales como incluir finalidades demasiado genéricas o inespecíficas, que puedan conducir a tratamientos ulteriores que excedan las expectativas razonables del interesado. Hay que recordar que para el caso de tratamientos de datos personales, la finalidad o finalidades del tratamiento es un elemento esencial que hay que detallar para poder explicar y ponderar la proporcionalidad, adecuación y necesidad, además de evaluar toda la legitimación.

Es más, en el caso de que el sistema IA trate datos personales y además adopte decisiones esencialmente automatizadas con impacto en las personas (art. 22 RGPD), las autoridades de protección de datos señalan que es obligatorio informar *por qué es necesario ese tratamiento y cuál es su legitimación*, a saber: por qué realiza análisis de datos (cuál es su finalidad y qué se hace con los resultados); por qué el uso del análisis de datos es proporcionado, y no había mejores alternativas para lograr el objetivo. Asimismo, cuál es la base legal para realizar estos análisis (Mº Interior, 2021). También, en clave de protección de datos, debe haber detalle del tratamiento, los perfilados realizados, cómo se elaboran, su pertinencia para el proceso de decisiones automatizadas y cómo se utilizan para una decisión relativa al interesado (G29, 2018 y AEPD, 2020: 22), así como su impacto consecuencias del análisis para los ciudadanos afectados (Mº Justicia, 2021). De nuevo cabe recordar que el proveedor (encargado) habrá de facilitar al usuario del sistema (responsable de protección de datos) información suficiente para que pueda cumplir sus obligaciones de transparencia de protección de datos (art. 13 AIA).

El Etalab francés además de la finalidad del tratamiento en la mención explícita (2022: 15), respecto del inventario de algoritmos señala que hay que informar "si se toma una decisión administrativa, cuál es el objetivo de este algoritmo?"; "¿Cómo y cuándo interviene el algoritmo en la toma de decisiones? Para realizar estas tareas, ¿en qué momento entra el algoritmo en el proceso de decisión? ¿Cuál es el proceso completo y de qué parte o partes se encarga el algoritmo?" (Etalab, 2022: 18).

7.- Transparencia sobre los datos del sistema de IA (de entretenimiento, de entrada y los inferidos por el sistema)

Un elemento esencial sobre la transparencia y la información es la relativa a los datos de entrenamiento del sistema de IA, así como los datos de entrada para su funcionamiento, validación y prueba. Se trata de un elemento clave que incide directamente en la calidad y robustez del sistema, así como respecto de la posibilidad de controlar sesgos, errores o posibles discriminaciones. De igual modo, en el caso nada infrecuente de que el sistema de IA trate datos personales, es una exigencia para la protección de este derecho y otros conexos. Genéricamente, en el estudio de impacto IA en Países Bajos se hace referencia a la transparencia de los datos utilizados, las variables de entrada y los parámetros y umbrales utilizados (Mº Interior, 2021).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

Respecto de los sistemas de alto riesgo, el artículo 13 del futuro AIA obliga a los proveedores a informar a los usuarios de "b) las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo, y en particular: iv) su funcionamiento en relación con las personas o los grupos de personas en relación con los que se pretenda utilizar el sistema;" y por lo que más interesa ahora "v) cuando proceda, especificaciones relativas a los datos de entrada, o cualquier otra información pertinente en relación con los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba usados, teniendo en cuenta la finalidad prevista del sistema de IA;".

De cara a las entidades de evaluación de los sistemas de alto riesgo así como a las autoridades supervisoras, el AIA impone a los proveedores de sistemas que quede claramente documentada una "descripción detallada" "d) sobre datos […] así como los conjuntos de datos de entrenamiento utilizados, incluida la información acerca de la procedencia de dichos conjuntos de datos, su alcance y sus características principales; cómo se obtuvieron y seleccionaron los datos; los procedimientos de etiquetado (p. ej., para el aprendizaje supervisado), las metodologías de depuración de datos (p. ej., la detección de anomalías);", también sobre "g) datos de validación y prueba empleados y sus características principales" (Anexo IV. 1).

El ICO de manera bastante precisa detalla para el sector público que ha de haber transparencia de:

-el nombre de los conjuntos de datos que utilizó, si corresponde (4.1)

-una descripción general de los datos utilizados para entrenar y ejecutar la herramienta, incluida -una descripción de las categorías que se usaron para entrenar, probar u operar el modelo, por ejemplo, 'edad', 'dirección', etc. (4.2)

-la URL de los conjuntos de datos que ha utilizado, si está disponible (4.3)

-cómo y por qué recopila datos, o cómo y por qué los datos fueron recopilados originalmente por otra persona (4.4)

-los acuerdos de intercambio de datos que tiene vigentes (4.5)

-detalles sobre quién tiene o tendrá acceso a estos datos y durante cuánto tiempo se almacenan y en qué circunstancias (4.6, ICO, 2021 b).

Mº Justicia (2022) de Países Bajos entran si cabe en mayor detalle. Así, requiere que se documente y registre datos de entrada y su uso efectivo y relevancia[23], se

[23] En los Criterios, el Mº Justicia (2022) afirma "Registre los datos de entrada (datos/conjuntos de datos de origen) utilizados y utilice sólo los datos necesarios. Documente y registre esto: La documentación técnica especifica las fuentes de datos utilizadas. - Se han definido los datos de entrada (datos

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

describa la calidad de los datos y cómo se examinó[24]. De igual modo que se describa, registre y documenten las decisiones sobre la inclusión o no de determinados datos por su calidad o suficiencia[25]. Y el Etalab (2022: 19) francés en su guía para los registros de algoritmo detalla la información sobre "datos procesados", "Fuente de los datos": "Quién proporciona los datos (el usuario, otra administración, etc.)? ¿Cómo se proporcionan (un archivo, una API, etc.)? […]" o "Cómo se recogen los datos procesados".

La escasa regulación para el sector público en España, respecto de los sistemas automatizados sí que impone difundir información sobre "los datos utilizados en su configuración y aprendizaje" (artículo 13 del Decreto 203/2021 y en conexión con éste y respecto de la publicidad en sede electrónica, el artículo 11. 1. *l*).

Señala Gutiérrez al respecto de los datos utilizados por el modelo de IA que debe detallarse también la preparación de los datos, esto es, la selección, ampliación, depuración y eliminación de datos redundantes o erróneos, combinación de datos de varias fuentes, determinación de variables relevantes, tratamiento de datos no estructurados, partición de los *datasets* en datos de entrenamiento, de prueba y validación del modelo. Y en la línea de lo anterior, la verificación de la calidad de los datos (fiabilidad de las fuentes de procedencia, representatividad de los datos, ausencia o minimización de los sesgos, actualización de los datos).

En el contexto de la protección de datos personales, cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado se ha de facilitar información sobre "las categorías de datos personales de que se trate" (artículo 14.1º d) y "la fuente de la que proceden los datos personales y, en su caso, si proceden de fuentes de acceso público" (artículo 14.2º f). Como señala la AEPD también ha de haber "especial indicación de los datos especialmente protegidos" (AEPD, 2018: 15). También la AEPD (2021: 15-16) señala que hay que evaluar si "el origen de los datos está documentado y existe un mecanismo para informar" y "Las características de los datos usados para entrenar al componente IA están identificadas, documentadas y adecuadamente justificadas."

---

fuente/conjuntos de datos) que se utilizan. - Los datos utilizados son relevantes. -Los datos utilizados y su relevancia están documentados."

[24] *Ibídem* "Describa la calidad de la(s) fuente(s) de datos utilizada(s) y si la(s) fuente(s) de datos es(son) de calidad suficiente para el propósito para el que se utiliza. En una "inmersión profunda en los datos" y también durante la anterior contención del riesgo, se examinó y explicó a fondo la calidad de las fuentes de datos. La documentación técnica también describe cómo se examinó la calidad de los datos. Sólo se incluyen en el modelo fuentes de datos de suficiente calidad."

[25] *Ibídem*, "Registre las suposiciones/elecciones utilizadas. No se trata de hacer transparentes todos los supuestos durante la programación, sino de las decisiones que se tomaron: por ejemplo, no incluir ciertos datos en el análisis porque su calidad era insuficiente o porque un conjunto de datos no contiene datos suficientes para llevar a cabo un análisis estadístico."

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

Las anteriores exigencias se dan siempre que el sistema de IA trate datos personales, pero si además el sistema IA adopta decisiones automatizadas con datos personales (art. 22 RGPD), como luego se detalla, las autoridades de datos subrayan que se informe sobre *los datos empleados y su calidad*. En concreto, el detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría, y en particular información sobre los plazos de uso de los datos (su antigüedad) (AEPD, 2020: 23): qué fuentes de datos de qué organizaciones se utilizan para este fin, y cuál es su calidad (Países Bajos), las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones y por qué estas categorías se consideran pertinentes (G29, 2018). La importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión y la calidad de los datos de entrenamiento y el tipo de patrones utilizados. Se añade asimismo respecto de los datos que "En el caso de que el sistema IA contenga información de terceros identificables, la prohibición de tratar esa información sin legitimación y de las consecuencias de realizarlo." (AEPD, 2020: 23). El proveedor habrá de facilitar información suficiente al usuario del sistema para que pueda cumplir con estas obligaciones.

Mención aparte merece el tema de los *datos inferidos*, esto es, los datos, información o conocimiento sobre una persona física que se infieren u obtienen a partir de tratar sus datos, por lo general con sistemas automatizados y de IA. Se trata de un tema respecto del que quien suscribe (Cotino, 2022 a: ap. 9) y Palma (2021 y 2022) hemos prestado especial atención. Por lo que ahora interesa, todos los datos e información generada gracias al procesamiento de datos con sistemas de IA por lo general no son cognoscibles. Considero con el Grupo del Artículo 29 (2018: 10) que estos datos generados por la IA que se vinculen a una persona particular son datos personales aunque no hayan sido facilitados el interesado. En consecuencia, el interesado o afectado sí que tendría derecho de acceso respecto de los mismos, sin perjuicio de posibles límites del artículo 23 RGPD. Sin embargo, el TJUE no es tan claro que respecto de estos datos inferidos pueda ejercerse el derecho de acceso o rectificación[26]. Es por ello que es necesaria una regulación o criterios interpretativos de las autoridades regulatorias o judiciales.

[26] Así, no consideró que procediera reconocer estos derechos respecto de un análisis jurídico que se había realizado sobre un permiso de residencia; STJUE de 17 de julio de 2014, asuntos acumulados, C-141/12 y C-372/12, caso YS. y M. y S. (ver apartados 45 y 48). En cambio, respecto de los datos de evaluación de un examen sí que considero que sí que procedía el acceso, pero la rectificación no amparaba, obviamente, a rectificar a posteriori las respuestas incorrectas. STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto, C-434/16, caso Nowak, apartados 43, 44, 52 y 54.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

8.- Transparencia sobre la tipología y especificaciones técnicas del sistema IA

La transparencia de la IA gira especialmente alrededor de los elementos y especificaciones técnicas del sistema de IA. En principio, esta información de carácter técnico parece que habría de estar más reservada a la llamada transparencia interna, esto es, información dirigida a los usuarios del sistema IA, así como para organismos de verificación y autoridades supervisoras. No en vano son quienes requerirán las especificaciones técnicas para el funcionamiento correcto del sistema, su control y supervisión. Por el contrario, y también en principio, estas especificaciones técnicas del sistema quedarían lejos del entendimiento y comprensión por el público en general e incluso por los afectados por los sistemas de IA. Es así que puede tener especial sentido la información por niveles o capas de profundidad según se señala en apartado relativo al cómo dispensar la información.

Sin embargo, ello no siempre ha de ser así por cuanto la importancia de la transparencia descansa en muy buena medida en la potencialidad de que se pueda controlar externamente. Así, pese a que la ciudadanía media no tenga capacidades de entender e interpretar la información técnica sobre un sistema de IA, es bien posible que en la sociedad civil existan expertos que potencialmente puedan analizar los datos e información. De igual modo, no hay que obviar el papel de la comunidad científica, en muchos supuestos aliada con la sociedad civil. De la misma manera, en el caso de interesados o afectados por las decisiones de IA, la defensa de sus derechos e intereses se hará pasar en muchas ocasiones por el análisis de la información que se les facilite por especialistas. Así las cosas, sin perjuicio de que hay datos o información que ha de quedar reservada a usuarios o autoridades, especialmente para proteger los derechos de los proveedores, no hay que excluir la facilitación o liberación de información y datos técnicos sobre el sistema de IA para el público en general.

8.1.- Transparencia del tipo de sistema y algoritmos, sus módulos, grado de madurez o sistema de entrenamiento

Los sistemas automatizados que adopten decisiones en el sector público únicamente han de informar en sede electrónica con una "descripción de su diseño y funcionamiento" arts. 13 y 11. 1. *l*) Decreto 203/2021). Poco más aporta la Ley 1/2022, de 13 de abril, valenciana que exige la publicidad activa de una "descripción de manera comprensible de su diseño y funcionamiento, el nivel de riesgo que implican […] de acuerdo con los principios de transparencia y explicabilidad." (art. 16 l).

Desde diferentes organismos se afirma la necesidad de dar información del tipo de modelos y algoritmos, sus módulos, grado de madurez o sistema de entrenamiento.

Así, respecto del tipo de algoritmo, el ICO (2021 b) para el sector público indica la publicación del "tipo de modelo, por ejemplo, un sistema experto o una red neuronal profunda (2.4)". El estudio de impacto IA en Países Bajos (Mº Justicia, 2022) detalla "la

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

identificación del modelo algorítmico utilizado": Los tipos de algoritmos seleccionados para generar el modelo a partir de los datos (e.g. modelos de regresión, árboles de decisión, bosques aleatorios, redes neuronales; justificación del modelo seleccionado en términos de rendimiento/interpretabilidad (en particular, si se trata de modelos de caja negra) frente a otros más interpretables u otras alternativas tecnológicas que permitan alcanzar los mismos fines establecidos por la organización; los parámetros del modelo, y los hiperparámetros seleccionados con carácter previo al entrenamiento del modelo; las métricas de rendimiento utilizadas para la validación del modelo y análisis de errores de entrenamiento y de generalización según el modelo utilizado." Se trata de un elemento importante, que también se puede vincular a los análisis de proporcionalidad en la alternatividad en la elección del sistema y de los algoritmos concretos.

La Directrices del Mº Interior (2021: 2.8) de Países Bajos, respecto de la arquitectura del sistema señala que la documentación técnica describe el "método de análisis utilizado" y "la precisión del método analítico". Y el referido estudio de impacto (Mº Justicia, 2022) afirma que hay que dar información sobre cómo se entrena el algoritmo. El ICO (2022 b) para el sector público también requiere que se facilite información sobre el grado de madurez del sistema, esto es, si la herramienta está en la etapa de idea, diseño, desarrollo, producción o retirada, incluida la fecha y hora en que se creó y cualquier actualización. Las referidas Directrices sí que tienen en cuenta medidas específicas para la evaluación del sistema y la organización de la información para que sea posible. Así, se señala que se "organice el código en módulos que puedan ser evaluados por separado y combinados." Asimismo, que "se compruebe que estos módulos funcionan correctamente tanto por separado como en combinación".

Y el Etalab (2022: 19) francés para el registro de algoritmos dedica un apartado sobre "Información sobre el funcionamiento interno del algoritmo" (4.2.4), con indicación de "Tipo de algoritmo", "si se trata de un sistema de reglas (las reglas de cálculo están codificadas por personas) o de un algoritmo basado en aprendizaje automático." "Detalle las operaciones técnicas realizadas por el algoritmo. Esta categoría puede ser simple o compleja, según el tipo de algoritmo utilizado", así como "enlaces a repositorios de código fuente o un diagrama de flujo".

8.2.- El acceso al "código fuente"

El acceso al "código fuente" del sistema IA puede ser especialmente conflictivo. Cerrillo (2020: 68) recuerda que el acceso al código fuente del algoritmo no conlleva necesariamente que el algoritmo sea más transparente y, en particular, que se pueda conocer cómo funciona o cómo ha llegado a un determinado resultado, tampoco que la información pueda ser comprendida por cualquier persona. Por lo que la difusión del código fuente debería ir acompañada de una descripción del algoritmo en lenguaje natural comprensible por cualquier persona.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

Se menciona el acceso al código fuente del sistema IA en el estudio de impacto de Países Bajos (Mº Interior, 2022). La Recomendación sobre la ética de la IA UNESCO 2021 lo reserva para supuestos especiales en los que se "puede requerir también que se compartan códigos o conjuntos de datos" (nº 39)[27]. La propuesta de normativa de la ELI (2022) regula las reservas al acceso al código fuente. Su artículo 8.3º señala que "El acceso al código fuente y a los conjuntos de datos de formación y ensayo podrá limitarse o restringirse totalmente cuando sea necesario para salvaguardar los intereses y derechos legítimos de la autoridad de ejecución, del proveedor del sistema o de terceros."[28] Al respecto, pese a que es una de sus propuestas para la transparencia (en el sector público). Respecto del acceso al código fuente, el programa o software que en su caso acompaña al sistema IA, cabe remitir a la rica experiencia comparada especialmente de Francia e Italia que recientemente ha analizado Gutiérrez (2022). De manera bastante avanzada la CADA, autoridad de acceso a la información francesa, como recuerda esta autora ha venido calificando como "documentos administrativos", no sólo el código fuente o los algoritmos implementados por una Administración , sino también la documentación técnica relativa al código fuente, como puede ser el documento de especificación de requisitos de software. Según se acaba de señalar, la guía del Etalab hace referencia a la posible remisión al código fuente.

8.3.- Transparencia técnica sobre el sistema IA que impone el AIA para el público en general, usuarios o entidades y autoridades supervisoras

Para los sistemas de alto riesgo el futuro AIA impone fuertes obligaciones de facilitar información técnica del sistema, aunque variadas ya se trate del público en general, del usuario del sistema o de las entidades evaluadoras o autoridades supervisoras.

El AIA exige al proveedor que en las bases de datos públicas se difunda al público información sobre el nombre comercial del sistema (nº 4), si está comercializado o puesto en servicio (nº 6), datos del certificado expedido (nº 7) así como de la declaración UE de conformidad (nº 10)[29]. También en general ha de haber

[27] Conferencia General 41ª reunión - París, 41 C/73, 22 de noviembre de 2021. Anexo. Se puede consultar el documento en la Biblioteca Digital de la UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920_spa

[28] Se indica que "los intereses que se protegen están relacionados con los "secretos" en sentido amplio: información personal identificable, privacidad, propiedad intelectual, secretos comerciales (u otros)". El ELI se apoya para ello en Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos; Directiva 91/250/CEE del Consejo sobre la protección jurídica de los programas de ordenador; Reglamento (UE) 2018/1807 sobre un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

[29] "4. El nombre comercial del sistema de IA y toda referencia inequívoca adicional que permita su identificación y trazabilidad. […] 6. La situación del sistema de IA (comercializado o puesto en servicio; ha dejado de comercializarse/estar en servicio, recuperado). 7. El tipo, el número y la fecha de caducidad del certificado expedido por el organismo notificado y nombre o número de identificación de dicho organismo notificado, cuando proceda. 8. Una copia escaneada del certificado a que se refiere el punto 7, cuando proceda. 9. Los Estados miembros donde el sistema de IA esté o se haya introducido en el

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

información sobre las "instrucciones de uso electrónicas". No obstante, se contemplan algunas restricciones de esta información al público[30].

Desde el punto de vista de la transparencia " interna", el AIA obliga al proveedor que informe al usuario del sistema (art. 13) de "las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo", y en particular sobre "nivel de precisión, solidez y ciberseguridad" y "circunstancias" que puedan afectar estos niveles o "cualquier circunstancia […que] pueda dar lugar a riesgos", información sobre "su funcionamiento" , "vida útil" o "medidas de mantenimiento y cuidado necesarias"[31]. También en este ámbito de la transparencia "interna" hacia el usuario -no al afectado- se exige poner información a disposición de órganos supervisores. Especialmente, debe también tenerse en cuenta todas las especificaciones que se detallan respecto de la documentación técnica en el articulado y anexos. La misma se detalla en los artículos 11, 18 y especialmente en el Anexo IV del futuro AIA. Esta información debe elaborarla el proveedor desarrollador del sistema IA (de alto riesgo) para bien mantenerla a disposición de los órganos supervisores, bien para facilitarla a los mismos. Por su extensión cabe remitir a dicho Anexo IV, recordando que incluye documentación detallada del sistema de IA, con descripción detallada de los elementos y de su proceso de desarrollo, del seguimiento, el funcionamiento y el control del sistema de IA o de cambios introducidos en el sistema. Se incluye la descripción, cómo interactúa con soportes físicos o software externo, versiones, microprogramas, actualizaciones, instrucciones de uso e instalación, seguimiento, funcionamiento y el control del sistema, sus capacidades y limitaciones de funcionamiento, niveles de precisión, vigilancia humana, sistema de gestión de riesgos, etc. También de cara a los evaluadores y autoridades de supervisión de los sistemas de IA hay que tener en cuenta especialmente las obligaciones de trazabilidad. Así, se impone que se diseñen los sistemas de alto riesgo "con capacidades que permitan registrar automáticamente eventos («archivos de registro») mientras están en funcionamiento" y los sistemas

mercado o puesto en servicio o esté disponible en la Unión. 10. Una copia de la declaración UE de conformidad contemplada en el artículo 48."

[30] Así, hay reservas respecto de anexo III, puntos 1, 6 y 7 por lo que se refiere a sistemas IA para la aplicación de la ley y la gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo.

[31] "ii) el nivel de precisión, solidez y ciberseguridad mencionado en el artículo 15 con respecto al cual se haya probado y validado el sistema de IA de alto riesgo y que puede esperarse de este, así como las circunstancias conocidas o previsibles que podrían afectar al nivel de precisión, solidez y ciberseguridad esperado; iii) cualquier circunstancia conocida o previsible, asociada a la utilización del sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o a un uso indebido razonablemente previsible, que pueda dar lugar a riesgos para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales; iv) su funcionamiento en relación con las personas o los grupos de personas en relación con los que se pretenda utilizar el sistema; […] e) la vida útil prevista del sistema de IA de alto riesgo, así como las medidas de mantenimiento y cuidado necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de dicho sistema, también en lo que respecta a la actualización del software.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

"garantizarán un nivel de trazabilidad del funcionamiento del sistema de IA durante su ciclo de vida" que permita controlar el funcionamiento y facilitarán el seguimiento posterior (art. 12 sobre "registros")[32]. De este modo, se generan toda una serie de datos sobre el funcionamiento real del sistema a disposición tanto del propio proveedor por las entidades supervisoras.

9.- Transparencia sobre el funcionamiento y lógica del sistema IA y su incidencia en la toma de decisiones y la transparencia en razón del artículo 22 RGPD

La Unesco en su Recomendación (nº 39) apunta que se dé "información sobre los factores que influyen en una predicción o decisión específicas". Estas exigencias se consideran principios éticos de transparencia y en particular como obligaciones de comunicación y "notificación" "sobre los datos personales utilizados en el proceso de toma de decisiones, "acceso a los factores, la lógica y las técnicas que produjeron el resultado" de un sistema de IA y, en general, "cómo se llega a los procesos de toma de decisiones automatizados y de aprendizaje automático" (Fjeld, *et al*. 2020). Concreta Gutiérrez (2021: 69) respecto del fundamento y lógica del modelo que debe haber transparencia sobre las inferencias, patrones o correlaciones que justifican por qué unos datos de entrada generan unos resultados concretos, explicadas de forma inteligible, sencilla y no técnica.

El ICO (2021 b) para el sector público señala la necesidad de informar sobre "cómo se integra la herramienta en el proceso y qué influencia tiene la herramienta en el proceso de toma de decisiones". A este respecto resulta de interés recordar para todo tipo de organizaciones cómo el HLEG hace referencia a la "transparencia del modelo de negocio" y se debe dar "explicaciones sobre la medida en que el sistema de IA condiciona e influye en el proceso de toma de decisiones de la organización, sobre las decisiones de diseño del sistema y sobre la lógica subyacente a su despliegue"[33]. Señala para el sector público Gutiérrez que la transparencia alcanza a determinar en qué ámbitos concretos de la actividad pública se adoptan decisiones basadas total o parcialmente en tratamientos algorítmicos y en qué medida esas decisiones algorítmicas afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos, individual o colectivamente.

En el contexto laboral, la *ley rider* -art. 64.4.d) Estatuto de los Trabajadores- reconoce al comité de empresa el "derecho" a "Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de

[32] En el caso de sistemas biométricos los registros también han de añadir cada uso, la fecha y la hora, base de datos de referencia, datos de entrada e identificación de las personas físicas.

[33] "Además, debería ser posible disponer de explicaciones sobre la medida en que el sistema de IA condiciona e influye en el proceso de toma de decisiones de la organización, sobre las decisiones de diseño del sistema y sobre la lógica subyacente a su despliegue (garantizando así la transparencia del modelo de negocio)." Nº 77, p. 22. (HLEG, 2019)

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles." Y el MTES (2022) ha detallado la información procedente.

Estas referencias están claramente vinculadas al artículo 22 RGPD (interpretado por G29, 2018) o el artículo 11 de la Directiva (UE) 2016/680 para el ámbito judicial, policial y de seguridad reconocen el "derecho" a no ser sometido a decisiones automatizadas. En mayo de 2018 este derecho se ha extendido internacionalmente con la modificación del Convenio 108 del Consejo de Europa que lo reconoce, también como "derecho", en su nuevo artículo 9. 1º[34], al igual que los Estándares de Protección de Datos para los Estados Iberoamericanos de 2017 (nº 29). Asimismo, también está reconocido como derecho en el artículo 20 de la reciente Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 de Brasil, o más recientemente artículo 20 el "Derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas" en la Ley orgánica de protección de datos personales de Ecuador de 2021[35] .

Como en otros lugares he tenido ocasión de examinar (Cotino, 2019 b) y especialmente Palma (2021, 2022), la clara intención de este "derecho" es que las decisiones automatizadas relevantes, por su sensibilidad o particularidad, tienen ser compensadas con garantías especiales. Y por lo que ahora interesa, particulares deberes de transparencia analizados recientemente por Medina (2022) y por Cerrillo (2022: 62 y ss.). Así, se da la concreta obligación de informar sobre "la existencia de decisiones automatizas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado" (art. 13. 2º f y 14. 2º g) RGPD). De igual modo, el derecho de acceso permite solicitar dicha información (artículo 15. 1º. h).

[34] En concreto, a cada individuo se le reconoce el "derecho" a " no estar sujeto a una decisión que le afecte significativamente basándose únicamente en un procesamiento automatizado de datos sin que se tengan en cuenta sus opiniones", Consejo de Europa - No. [223] Protocolo por el que se modifica el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al procesamiento automático de datos personales [Estrasburgo, 10.X.2018] https://www.coe.int/en/web/conventions/new-treaties

[35] Ecuador Quinto Suplemento del Registro Oficial No.459 , 26 de Mayo 2021, artículo 20 en el que expresamente se señala que el titular podrá: "a. Solicitar al responsable del tratamiento una explicación motivada sobre la decisión tomada por el responsable c encargado del tratamiento de datos personales; b. Presentar observaciones; c. Solicitar los criterios de valoración sobre el programa automatizado; o, d. Solicitar al responsable información sobre los tipos de datos utilizados y la fuente de la cual han sido obtenidos los mismos; e. Impugnar la decisión ante el responsable o encargado del tratamiento".

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

En G29 (2018: 35) detalló algo que la información que debe facilitarse[36]. La AEPD (2020: 23) lo perfiló más para la IA en España[37], matizando en todo caso que "dependerá del tipo de componente IA utilizado".

Para el sector público, el Mº Justicia (2021) de Países Bajos también ha detallado la información a facilitar[38], así como en Alemania las del Comisionado Federal para la Protección de Datos[39]. Más adelante se conectan estas exigencias con las obligaciones de motivación en lenguaje natural de las decisiones públicas.

De la síntesis de estos referentes, puede afirmarse que hay que informar detallando el tratamiento y su impacto, explicando por qué es necesario cuál es su legitimación, especificando los datos empleados y su calidad, así como la calidad y robustez del

[36] Así: -las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; -por qué estas categorías se consideran pertinentes;-cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas utilizadas en el análisis; -por qué este perfil es pertinente para el proceso de decisiones automatizadas; y cómo se utiliza para una decisión relativa al interesado. También se recomienda informar en general respecto de toda decisión automatizada, aunque no sean las protegidas por el artículo 22 y este derecho, *Ibídem*, pág. 27.

[37] Lo ha concretado, y afirma "un ejemplo de información que podría tener relevancia de cara al interesado", A saber: "El detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría, y en particular información sobre los plazos de uso de los datos (su antigüedad). La importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión. La calidad de los datos de entrenamiento y el tipo de patrones utilizados. Los perfilados realizados y sus implicaciones. Valores de precisión o error según la métrica adecuada para medir la bondad de la inferencia. La existencia o no de supervisión humana cualificada. La referencia a auditorías, especialmente sobre las posibles desviaciones de los resultados de las inferencias, así como la certificación o certificaciones realizadas sobre el sistema de IA. En el caso de sistemas adaptativos o evolutivos, la última auditoría realizada. En el caso de que el sistema IA contenga información de terceros identificables, la prohibición de tratar esa información sin legitimación y de las consecuencias de realizarlo."

[38] Se debe informar sobre "qué hace el análisis de datos; por qué realiza análisis de datos (cuál es su finalidad y qué se hace con los resultados); por qué el uso del análisis de datos es proporcionado, y no había mejores alternativas para lograr el objetivo; cuáles son las posibles consecuencias del análisis para los ciudadanos afectados y cómo se han tenido en cuenta las posibles repercusiones en los derechos fundamentales; posible aplicación del *aprendizaje automático* y su explicación; cuál es la base legal para realizar estos análisis; qué fuentes de datos de qué organizaciones se utilizan para este fin, y cuál es su calidad; qué persona de la organización gubernamental es responsable del análisis; el papel de terceros en estos análisis; con qué organizaciones (públicas o privadas), si las hay, se comparten los datos fuente y/o los resultados de los análisis y sobre qué base; qué garantía de calidad se lleva a cabo (qué riesgos se identifican y qué medidas se toman contra ellos, y cómo se comprueban); cómo se produce la intervención humana entre el análisis y una posible decisión, y qué marcos de evaluación existen."

[39] "Transparenz der Verwaltung beim Einsatz von Algorithmen für gelebten Grundrechtsschutz unabdingbar", en *36 Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland*, págs. 3-4, https://n9.cl/ystpv

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

sistema. Finalmente se debe informar también sobre las garantías, supervisión y auditorías.

A lo largo de este estudio y en cada apartado se han precisado estas obligaciones de transparencia e información derivadas del artículo 22 RGPD. Ahora sólo corresponde centrarse la información que detalla el tratamiento de datos realizado y su impacto. De este modo, la transparencia alcanza a los perfilados realizados y sus implicaciones (AEPD, 2020: 23); cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas utilizadas en el análisis; por qué este perfil es pertinente para el proceso de decisiones automatizadas; y cómo se utiliza para una decisión relativa al interesado (G29, 2018). En el estudio de impacto IA de Mº Interior (2021) de Países Bajos se añade la posible aplicación del *aprendizaje automático* y su explicación; cuáles son las posibles consecuencias del análisis para los ciudadanos afectados y cómo se han tenido en cuenta las posibles repercusiones en los derechos fundamentales. El mencionado Comisionado Federal alemán señala la información sobre "la lógica contenida en el mismo, en particular las fórmulas de cálculo utilizadas, incluida la ponderación de los datos de entrada, información sobre el conocimiento especializado subyacente y la configuración individual por parte del usuario y el alcance de las decisiones basadas en ellas y el posible impacto de los procedimientos."

Toda esta información se ha de sumar a los deberes de transparencia generales sobre cualquier tratamiento de protección de datos (arts. 13 y 14 RGPD) que también han sido expuestos. En el terreno de exigencias en razón de protección de datos, especialmente relevantes a este respecto, la AEPD indica que ha de haber una evaluación sobre "la información sobre los metadatos del componente IA, su lógica y las consecuencias que pueden derivarse de su empleo están accesibles para las partes interesadas junto con los medios o mecanismos disponibles para ejercer sus derechos en caso de objeción respecto de los resultados." Asimismo, ha de controlarse que "existe la documentación suficiente para comprender la lógica del componente IA utilizado y realizar la trazabilidad de su comportamiento respecto a cada conjunto de datos de entrada, el uso que hace de estos y de los datos intermedios, y cómo entrega los datos de salida." (AEPD, 2021: 14-15)

10.- Transparencia sobre las garantías del sistema, estudios de impacto, medidas de mitigación de riesgos, garantías de supervisión

Un apartado también esencial respecto de la información que debe brindarse por transparencia algorítmica es la relativa a las garantías del sistema de IA. Así, en general la Recomendación Unesco (nº 39) apunta la transparencia "sobre la existencia o no de garantías adecuadas (como medidas de seguridad o de equidad)." En este conjunto de información a facilitar relativo a garantías, se podría incluir la información sobre adecuadas, mitigación de riesgos y peligros, medidas de seguridad o de equidad, análisis de riesgos, sistemas de evaluación o análisis de

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

impacto, mantenimiento y revisión, información sobre la supervisión humana y auditorías, sistema de gestión de la calidad del sistema.

10.1.- Transparencia de las evaluaciones de impacto y su confidencialidad

Desde la Recomendación UNESCO 2021 se afirma el principio de la transparencia de las evaluaciones de impacto (nº 51 y 53). Así, se afirma que "deberían aplicarse protocolos de transparencia ejecutables, que correspondan al acceso a la información, incluida la información de interés público en poder de entidades privadas" (nº 51) y en concreto, "las evaluaciones del impacto ético deberían ser transparentes y abiertas al público, cuando proceda" (nº 53).

Respecto de las evaluaciones de impacto, el ICO (2021 b) para el sector público señala que se facilite información sobre los estudios de impacto que se hayan realizado (de protección de datos, algorítmica, ética, igualdad) y que se detalle nombre, descripción, fecha, y enlace a la evaluación o un resumen, si está disponible. Ciertamente, la transparencia de los estudios de impacto es una cuestión compleja y normalmente no se trata de información que se ponga a disposición del público. En esta dirección el ELI (2022) en su propuesta de normas afirman que "evaluación de impacto del sistema se llevará a cabo de conformidad con la obligación de respetar y proteger la confidencialidad de los datos y la información relativa o perteneciente a las personas y entidades implicadas en el proceso de evaluación, de acuerdo con las leyes y requisitos pertinentes" (art. 8.1º). Y se señala que se puede considerar reservada más información sobre "datos y la información compartidos, utilizados o adquiridos a lo largo de la evaluación de impacto". No obstante, señala que esta reserva deberá "estar debidamente justificada y sopesada en relación con los requisitos de transparencia de la evaluación de impacto, los intereses de la autoridad de ejecución y del proveedor del sistema." (art. 8.2º)[40]. En cualquier caso, "Esta restricción de la confidencialidad debe sopesarse siempre con el principio de transparencia" y "En cualquier caso, dicha decisión debe estar debidamente justificada".

[40] Se indica que "los intereses que se protegen están relacionados con los "secretos" en sentido amplio: información personal identificable, privacidad, propiedad intelectual, secretos comerciales (u otros)". El ELI se apoya para ello en Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos; Directiva 91/250/CEE del Consejo sobre la protección jurídica de los programas de ordenador; Reglamento (UE) 2018/1807 sobre un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

10.2.- Transparencia de las medidas y mitigaciones frente a riesgos

Respecto de las medidas y mitigaciones frente a riesgos, también el ICO (2021 b) apunta que se dé "una descripción detallada de los riesgos comunes para su herramienta, que incluya: los nombres de los riesgos comunes (5.5); una descripción de cada riesgo identificado (5.6)[41]. Y que se "proporcione una descripción detallada de las acciones que ha tomado para mitigar los riesgos" (5.7). En esta línea, la AEPD (2021: 14-15) en su lista de evaluación incluye si "Ante un comportamiento erróneo por parte del componente IA que pueda ocasionar perjuicios a los interesados, se han previsto mecanismos para minimizar esos perjuicios dar soporte a la comunicación a las partes interesadas y facilitar la comunicación entre todas las partes involucradas en el proceso."

10.3.- Transparencia sobre supervisión humana y auditorias

En este apartado de garantías, cabe incluir la información sobre supervisión humana. Así, siguiendo al ICO, se deben dar detalles específicos sobre cuándo y cómo un ser humano revisa o verifica la decisión automatizada (2.7). Hay que explicar "cómo los humanos tienen la supervisión de la herramienta, incluyendo: cuánta información proporciona la herramienta al tomador de decisiones y cuál es la información (3.2); las decisiones que toman los humanos en el proceso general, incluidas las opciones para los humanos que revisan la herramienta (3.3); capacitación que deben tomar las personas que implementan y usan la herramienta, si esto se aplica a su proyecto (3.4).

Y vinculado a las garantías frente a decisiones algorítmicas, la supervisión expost que implica informar sobre el "proceso de apelación y revisión. Describa cómo permite que los miembros del público revisen o apelen una decisión" (ICO, 2021b: 3.5).

En el caso del artículo 22 RGPD respecto de decisiones IA con tratamientos de datos personales con IA, las autoridades incluyen la obligación de dar información sobre la "existencia o no de supervisión humana cualificada" y "La referencia a auditorías, especialmente sobre las posibles desviaciones de los resultados de las inferencias, así como la certificación o certificaciones realizadas sobre el sistema de IA". En el caso de sistemas adaptativos o evolutivos, la última auditoría realizada." (AEPD, 2020: 23)

[41] Y señala como ejemplo: "daño potencial de la herramienta que se usa de una manera para la que no fue diseñada o construida; creación de resultados sesgados, incluso a través de datos de entrenamiento que no son representativos o contienen sesgos; arbitrariedad y funcionalidad, como la herramienta que proporciona decisiones injustas o incorrectas".

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

10.4.- Transparencia "interna" sobre garantías del sistema en razón del AIA

En el caso de los sistemas de alto riesgo, el futuro AIA obliga a que el proveedor dé información al usuario (no en general al público) sobre "d) las medidas de vigilancia humana a que se hace referencia en el artículo 14 [relativo a la supervisión humana], incluidas las medidas técnicas establecidas para facilitar la interpretación de la información de salida de los sistemas de IA por parte de los usuarios" (art. 13 AIA). De este modo, los usuarios del sistema deben entender por completo las capacidades y limitaciones del sistema, si hay indicios de anomalías, problemas y saber y ponerles solución. Información que permita a los usuarios interpretar correctamente la información de salida y decidir en su caso, no utilizar el sistema o desestimar, invalidar o revertir la información de salida, así como intervenir accionando un botón específicamente.

También en el contexto de los sistemas de alto riesgo y el futuro AIA hay que destacar especialmente el artículo 17 AIA relativo a la obligación de un sistema de gestión de la calidad del sistema IA. En razón del mismo se requiere que se documenten "las técnicas, los procedimientos y las actuaciones sistemáticas" bien para "el diseño y el control y la verificación del diseño del sistema de IA", bien "en el desarrollo y el control y el aseguramiento de la calidad del sistema". Debe documentarse "una estrategia para el cumplimiento reglamentario, incluido el cumplimiento de los procedimientos de evaluación de la conformidad y de los procedimientos de gestión de las modificaciones de los sistemas de IA de alto riesgo". También "los procedimientos de examen, prueba y validación que se llevarán a cabo antes, durante y después del desarrollo […] así como la frecuencia"; del mismo modo se han de documentar "las especificaciones técnicas, incluidas las normas, que se aplicarán". Igualmente, deben documentarse "los procedimientos asociados a la notificación de incidentes graves y defectos de funcionamiento"[42]. La regla general es que la "inclusión de los aspectos mencionados […] será proporcional al tamaño de la organización del proveedor" (art. 17.2º AIA). Se trata de generar todo

[42] Apartado 1: "a) una estrategia para el cumplimiento reglamentario, incluido el cumplimiento de los procedimientos de evaluación de la conformidad y de los procedimientos de gestión de las modificaciones de los sistemas de IA de alto riesgo; b) las técnicas, los procedimientos y las actuaciones sistemáticas que se utilizarán en el diseño y el control y la verificación del diseño del sistema de IA de alto riesgo; c) las técnicas, los procedimientos y las actuaciones sistemáticas que se utilizarán en el desarrollo y el control y el aseguramiento de la calidad del sistema de IA de alto riesgo; d) los procedimientos de examen, prueba y validación que se llevarán a cabo antes, durante y después del desarrollo del sistema de IA de alto riesgo, así como la frecuencia con que tendrán lugar; […] g) el sistema de gestión de riesgos que se menciona en el artículo 9; i) los procedimientos asociados a la notificación de incidentes graves y defectos de funcionamiento con arreglo al artículo 62; j) la gestión de la comunicación con las autoridades nacionales competentes; las autoridades competentes, incluidas las sectoriales, que permiten acceder a datos o facilitan el acceso a ellos; los organismos notificados; otros operadores; los clientes, u otras partes interesadas; […] l) la gestión de los recursos, incluida la seguridad de las medidas relacionadas con el suministro; m) un marco de rendición de cuentas que defina las responsabilidades del personal directivo y de otra índole en relación con todos los aspectos enumerados en este apartado."

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

un conjunto de datos e información destinado y a disposición esencialmente a los organismos evaluadores y autoridades supervisoras.

11.- Transparencia de los algoritmos públicos y la motivación comprensible de las decisiones públicas con IA

A lo largo del estudio se ha ido haciendo referencias específicas a los deberes de transparencia particulares del sector público. No obstante, procede una reflexión particular con relación a la motivación comprensible de las decisiones públicas con IA. Aunque no es norma jurídica, la Carta de Derechos Digitales de 2021 en su aparatado XVIII 6 c) afirma el derecho a "obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones que se adopten en el entorno digital, con justificación de las normas jurídicas relevantes, tecnología empleada, así como de los criterios de aplicación de las mismas al caso. El interesado tendrá derecho a que se motive o se explique la decisión administrativa cuando esta se separe del criterio propuesto por un sistema automatizado o inteligente" (Cotino, 2022 b).

El artículo 35 Ley 39/2015 obliga a motivar prácticamente todos los actos administrativos, siendo además exigencia constitucional en todo acto limitativo de derechos e intereses (art. 9.3 CE en conexión con el art. 24 CE). Señala Gamero (2021) que no se trata de que existan motivos para dictar el acto, sino de que esos concretos motivos sean transparentes y visibles, que se hagan constar en el propio acto. También puede señalarse que las exigencias de motivación y explicación administrativa pueden quedar en simbiosis, en su caso reforzadas o apuntaladas por las garantías del artículo 22 RGPD proyectadas para el ámbito del sector público en el caso habitual de que supongan un tratamiento de datos personales. Pese a la deficiente técnica del artículo 22 RGPD, siguiendo el Considerando 71 RGPD deben considerarse como garantías mínimas también para el sector público "la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión."

La obligación de motivación administrativa obliga a hacer públicas las razones de hecho y de derecho que formalmente fundamentan el acto administrativo. Aunque el acto tenga sus motivos en sí mismos para dictarse, si tales motivos no se expresan en el propio acto, éste carece de motivación. Como recuerda Gamero, la motivación administrativa implica una garantía formal, aunque con la finalidad material no padecer indefensión. La motivación permite el control del acto administrativo, pues el destinatario puede demostrar la ilegalidad de las razones de la Administración. Además, la motivación permite precisar mejor el contenido de la voluntad administrativa y, en general, justifica la actividad administrativa frente a todos (Gamero y Fernández, 2016: 526-527). Bajo esta comprensión, para Gamero no haría falta que una regulación expresa obligue a motivar los actos dictados mediante algoritmos o IA. La Agencia de Derechos fundamentales de la UE (FRA, 2020: 81)

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

ubica la obligación de motivación algorítmica en el derecho a la buena Administración

Como Martín Delgado apunta también con Red DAIA (2020 b) para la Carta, "el foco de atención de debe ponerse únicamente en el resultado final (hemos de tener en cuenta que en algunos casos no podrá trazarse debidamente cómo se ha llegado a ese output), sino en la forma en la que "piensa" el sistema". Se trata del proceso lógico que conduce a adoptar el acto, la programación del algoritmo, puesta a disposición de los destinatarios del acto, para que puedan si los criterios en cuestión son objetivos y no incurren en la arbitrariedad proscrita por los artículos 9.1 y 103.2 CE.

Siguiendo la Carta, los sistemas de aprendizaje no pueden incorporarse en el sector público si no se puede obtener una motivación comprensible en lenguaje natural de las decisiones. De lo contrario, no podría verificarse que se dictó con criterios objetivos y sin incurrir en arbitrariedad.

Pues bien, la exigencia de motivación administrativa es variable en razón de la naturaleza de la actuación administrativa, así como de la intensidad de impacto en los derechos e intereses de los interesados. En el contexto de la actuación algorítmica los peligros potenciales exigen que se den garantías de transparencia y explicabilidad, que se agudizan, entre otras variables, en el caso de que haya un tratamiento automatizado de datos. Además, en el caso de las actuaciones administrativas con sistemas IA no parece muy sencilla esta diferenciación entre la motivación formal y los motivos en sí mismos que llevan a la decisión. Se requiere poder comprobar que el funcionamiento del sistema es el correcto, pues puede no serlo pese a que motive formalmente sus decisiones y con aparente corrección que incluso pudiera superar fácilmente los requerimientos de no arbitrariedad y garantías frente a la indefensión. Es por ello que considero que sí que resulta importante una regulación específica para el sector público que además de recordar la exigencia general de motivación formal de los actos adoptados con IA, reconduzca las exigencias de transparencia y explicabilidad algorítmica como elementos necesarios para la garantía de los diversos derechos fundamentales implicados. De este modo, el amplio abanico de exigencias de transparencia que aquí se han recogido en muy buena medida se incorporan como instrumentos de garantía de derechos frente a

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

los poderes públicos. Gutiérrez[43] o Ponce[44] detallan estas exigencias vinculadas a garantías de defensa o buena Administración.

Añade Gamero (2021) que no puede descartarse que la motivación habrá de incluir también la acreditación de que el sistema de información mediante el que se ha adoptado la decisión haya superado exitosamente la correspondiente y periódica auditoría que verifique su adecuado funcionamiento. Y ello lo ubica también en la motivación siguiendo supuestos de cinemómetros con relación a las multas de velocidad[45]. Se tratará pues de la existencia de informes y dictámenes bien incorporados al acto o que se puedan conocer por el interesado, constando en el expediente o en otras fuentes de información a su alcance.

Por otra parte, considero especialmente plausible la afirmación de la Carta de que "El interesado tendrá derecho a que se motive o se explique la decisión administrativa cuando esta se separe del criterio propuesto por un sistema automatizado o inteligente." Personalmente me congratulo de su inclusión dado que personalmente propuse su inclusión en la fase inicial de la Carta. Bien es cierto que hay que evitar el "sesgo de automatización" (art. 14 AIA relativo a la vigilancia humana, apartado 4 b), esto es, "la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en la información de salida generada por un sistema de IA de alto riesgo ("sesgo de automatización"), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión". No obstante, la ciudadanía también merece conocer las razones humanas que llevan a no seguir las propuestas o decisiones automatizadas. Se trata de una extensión necesaria precisamente del control o supervisión humana. A este respecto, también acierta la Carta en el XXIII relativo al ámbito de salud cuando dispone que "4. El empleo de sistemas digitales de asistencia al diagnóstico, y en

[43] Y desde OdiseIA (2021), Gutiérrez David proponía añadir que "En particular, la motivación contendrá una referencia sucinta al modelo o modelos algorítmicos concretos implementado, a la tipología de datos de entrenamiento y datos de validación empleados, a las variables y parámetros aplicados por el modelo, al porcentaje de aciertos y errores resultantes de la validación del modelo o modelos empleados y a las herramientas complementarias de explicación del modelo si éste se caracteriza por su baja interpretabilidad, y en su caso, a la fase o fases del procedimiento o actividad material concreta en que dicho modelo o modelos han sido aplicados."

[44] En la consulta para la Carta, desde Red DAIA (2020 b) Ponce propuso que se añadiera que "Dicha motivación deberá ser suficiente para permitir la defensa de los derechos afectados y comprobar la buena administración desarrollada, incluyendo: información sobre el tipo de uso de Inteligencia Artificial, las variables usadas, su ponderación en la decisión final y la manera como deberían haber cambiado para que la persona obtuviera un resultado distinto; el código fuente, siempre que sea legalmente posible, justificando en su caso la imposibilidad jurídica de su inclusión.

[45] Según recuerda el autor, si no se acreditan las pruebas del buen funcionamiento, no existe prueba de cargo que permita sancionar. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Justicia de Castilla y León 1465/2001, de 29 de septiembre; y otras muchas concordantes. E. Gamero Casado, "Necesidad de motivación… cit.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

particular de procesos basados en inteligencia artificial no limitará el derecho al libre criterio clínico del personal sanitario." Se trata, precisamente de una proyección del derecho a la revisión humana de las decisiones automatizadas del que habla el artículo 22 RGPD y, tal acción humana en el ámbito administrativo requiere su motivación, máxime cuando un sistema inteligente propone una decisión diferente.

Inspirado expresamente en la Carta, cabe mencionar el muy reciente artículo 23 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Tiene un valor jurídico muy relativo aunque sí simbólico y de carácter promocional. Respecto del uso público de "algoritmos", el mismo hace referencia a la "transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente." También incluye el mandato de priorizar "la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos."

No es momento de detallar las experiencias y regulación comparada, por todos, Gutiérrez (2022), en el mismo libro Palumbo (2022), también Galetta (2022). Pero ciertamente se da un grado bastante más avanzado que la regulación y la práctica españolas en la transparencia de los algoritmos públicos.

Así, por ejemplo, la sentencia del Consejo de Estado italiano núm.8472 de 13 de diciembre de 2019 exige el "*pleno conocimiento del módulo utilizado y de los criterios aplicados*", así como que "este conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos los aspectos: desde sus autores hasta el procedimiento utilizado para su elaboración, el mecanismo de decisión, las prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y toma de decisiones y los datos seleccionados como relevantes (…) a fin de poder verificar que los criterios, condiciones y resultados del procedimiento robótico cumplen con las prescripciones y las finalidades establecidas por la ley o por la propia administración sobre dicho procedimiento y para que queden claras —y, por lo tanto, sean cuestionables— las modalidades y reglas a partir de las que se haya programado" (Cerrillo, 2020 b: 31 y ss.). Las decisiones en Italia ciertamente han sido diversas.

En Francia el artículo 4 de la Ley n ˚ 2016-1321 del 7 de octubre de 2016 para una República digital (*sur la république numérique*) ha regulado los elementos básicos de las decisiones algorítmicas administrativas. Y los mismos han sido desarrollados Decreto del 16 de marzo de 2017.[46] El Consejo Constitucional ha revisado dicha legislación en su Decisión N ˚ 2018-765 DC, 12 de junio de 2018 (nº 70) y somete a tres condiciones el "mero uso de un algoritmo para basar una decisión administrativa individual", la primera de ellas directamente relacionada con la transparencia

[46] Decreto Nº 2017-330, de 14 de marzo de 2017, relativo a los derechos de las personas que sean objeto de decisiones individuales adoptadas sobre el fundamento de un tratamiento algorítmico. JORF n˚0064 du 16 mars 2017

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

algorítmica: la decisión explícitamente ha de señalar que ha sido adoptada sobre la base de un algoritmo, bajo sanción de nulidad por incumplimiento. Y a petición del interesado deben comunicarse las principales características de la implementación del algoritmo. El Reglamento francés precisa que se ha de detallar el grado y modo de contribución del procesamiento algorítmico a la toma de decisiones; los datos procesados y sus fuentes; los parámetros de tratamiento y, en su caso, su ponderación, aplicados a la situación de la persona interesada y las operaciones realizadas por el tratamiento. Asimismo cabe recordar que el artículo 6 de la Ley obliga a publicar en línea las reglas que definen los principales tratamientos algorítmicos utilizados en sus decisiones[47]. El artículo R311-3-1-1 del mencionado *Decreto* impone que decisión administrativa individual deberá contener una "mención explícita" de la "finalidad perseguida por el tratamiento algorítmico". El Etalab (2022) en agosto ha concretado estas obligaciones y la información de esta mención y pone el ejemplo de cómo cumplirlo: "Esta decisión se tomó sobre la base de un tratamiento algorítmico. Este tratamiento permite *[mencione la finalidad, por ejemplo, calcular el importe del impuesto adeudado]* y cuyas reglas se definen aquí [*Enlace a las reglas que definen el tratamiento algorítmico principal utilizado en la ejecución de las tareas de la administración cuando son la base de decisiones individuales, cf. L. 312-1-3 de la CRPA].* En aplicación de los artículos R. 311-3-1-1 y R. 311-3-1-2 del código de relaciones entre el público y la administración, usted puede solicitar la comunicación de las normas que definen este tratamiento y su aplicación en su caso a *[Nombre de la administración, señas].* En caso de no recibir respuesta en el plazo de un mes a partir de la recepción de su solicitud por nuestros servicios, dispone de un plazo de dos meses para remitir el asunto a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA), de conformidad con los procedimientos descritos en el sitio web www.cada.fr."

La normativa reconoce el "derecho a obtener la comunicación de las reglas que definen el tratamiento y las principales características de su aplicación, así como las modalidades de ejercicio de este derecho a la comunicación y de revisión, si corresponde, ante la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos". Y el artículo R311-3-1-2 concreta la información a facilitar de "forma inteligible", en tanto que no sean "secretos protegidos por la ley":

"1° El grado y modo de contribución del procesamiento algorítmico a la toma de decisiones; 2° Los datos tratados y sus fuentes; 3° Los parámetros de tratamiento y,

[47] Las otras dos condiciones son que (2º) la decisión debe ser recurrible administrativamente. Y (3º) el Consejo Constitucional confirma la prohibición específica de decisiones exclusivamente automatizadas si incluyen el uso de datos especialmente protegidos. Es más, el nuevo artículo 10.1º Loi n° 78-17 de 6 de enero de 1978 prohíbe las decisiones semiautomatizadas en el ámbito de la justicia.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

en su caso, su ponderación, aplicados a la situación del interesado; 4° Las operaciones realizadas por el tratamiento".

Y como recuerda Gutiérrez, la información que se solicita lo es tanto respecto de sistemas algorítmicos como los propiamente basados en IA.

12.- Transparencia en la contratación pública de IA

En los referentes sobre ética de la IA se afirma como principio en el ámbito de la transparencia a la "contratación pública abierta" (Fjeld, *et al.* 2020). Se sigue en este sentido a *Access Now* (2018: nº 9) cuando recomienda que: "Cuando un organismo gubernamental pretenda adquirir un sistema de IA o sus componentes, la contratación debe realizarse de forma abierta y transparente, de acuerdo con las normas de contratación pública. Esto incluye la publicación del propósito del sistema, los objetivos, los parámetros y otra información para facilitar la comprensión del público. La contratación debe incluir un periodo para los comentarios del público, y los Estados deben ponerse en contacto con los grupos potencialmente afectados cuando sea pertinente para garantizar la oportunidad de hacer aportaciones." El tema de la contratación por el sector público de sistemas de IA bien merece un análisis jurídico detallado (entre otros, Vestri, 2021a o Miranzo, 2020) y no procede ahora entrar en detalle de las obligaciones de transparencia en el ámbito de la contratación pública proyectada a la innovación y en particular a sistemas de IA. No obstante, siguiendo a Gutiérrez (2021: 48), cabe ahora referir que procedería dar información sobre cómo se han adquirido e implementado esos sistemas de decisión algorítmica (mediante desarrollos *in house* o mediante licitación). Igualmente, sería preciso lograr vías para poder hacer un seguimiento de las contrataciones públicas de sistemas algorítmicos o de IA, pues hoy por hoy es una labor casi imposible.

Desde la Red DAIA para la elaboración de la Carta (2020 a y b) hemos subrayado que las entidades públicas han de asumir un papel activo en la gestión contractual referida al uso de la Inteligencia Artificial, valorando con carácter previo qué condiciones deberían respetarse por parte de las entidades privadas contratistas teniendo en cuenta las singularidades del sector público. En concreto, debe reflexionarse sobre cuál debería ser el régimen de transparencia y acceso a la programación y en qué condiciones se podría disponer de la titularidad o, en su caso, de los derechos de uso de los algoritmos. Es por ello que podría haber sido positiva la inclusión que propusimos: "Las garantías de este párrafo habrán de darse cuando el desarrollo de sistemas o aplicaciones se efectúen en el marco de la colaboración y contratación público privada y habrán de garantizarse en los pliegos y condiciones u otros instrumentos."

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

13.- ¿Y cómo ha de ser la información?

Como se ha adelantado, la disposición de la información depende en muy buena medida de la naturaleza del sujeto al que va destinada y la función concreta que tiene informar.

Resultan de especial interés las Directrices para el sector público neerlandés (Mº Justicia, 2021) cuando se señala la importancia de un acceso global no segmentado o por silos a la información. Así, cabe "garantizar que los equipos tengan pleno acceso y conocimiento de la documentación, las decisiones y el código de los demás. Cuando las decisiones sobre las características, las especificaciones, el diseño, la construcción y las pruebas se reparten entre varios equipos, las diferencias de interpretación pueden pasar desapercibidas y no ser intencionadas durante el traspaso. La transparencia y la explicabilidad están entonces en riesgo.". Estas afirmaciones de todo interés pueden valer tanto para la transparencia interna a especialistas (usuarios, entidades evaluadoras o supervisoras) como para el público, en particular para la comunidad de especialistas.

De cara a la información de los proveedores a los usuarios de sistemas, el AIA señala que los sistemas han de ir acompañados de instrucciones con "información concisa, completa, correcta y clara que sea pertinente, accesible y comprensible para los usuarios" (art. 13. 2º AIA).

La lista de evaluación del HLEG, en su apartado de "comunicación" tiene en cuenta especialmente la naturaleza de los sujetos y su perspectiva. Así, incluye "si hay procesos que tengan en cuenta las opiniones de los usuarios y que utilicen dichas opiniones para adaptar el sistema"; "Si se informa hacia otras audiencias, hacia terceros o hacia el público en general." Y "Según el caso de uso, ¿ha tenido en cuenta la psicología humana y sus posibles limitaciones, como el riesgo de confusión, el sesgo de confirmación o la fatiga cognitiva?".

Como es conocido especialmente en el ámbito de la protección de datos, la información muchas veces, especialmente la dirigida al público general o afectados por decisiones, debe estar estructurada en capas, de un nivel general más accesible y simple y una capa que permite profundizar en el conocimiento (AEPD, 2018: 5 y ss.). Y ello debe replicarse respecto de la transparencia para el público de la IA y así se aprecia en las mejores prácticas internacionales respecto de la transparencia de la IA. Las Directrices para el sector público de Países Bajos (Mº Justicia: 32) para el caso de información sobre decisiones automatizadas se detalla que "Ante todo, debe ser concisa y transparente, comprensible y de fácil acceso." De ello deriva que la información "está "estratificada", donde uno puede navegar rápidamente a los pasajes relevantes sin tener que desplazarse por toda la declaración de privacidad. "Comprensible" implica que un representante medio de la audiencia a la que se dirige debe ser capaz de entender la información. En este contexto, puede ser útil

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

comprobar de vez en cuando con la audiencia real si esto es así, por ejemplo mediante un panel de usuarios. "Fácilmente accesible" significa que uno necesita hacer poco esfuerzo para acceder a la información. Incluirlo en una *declaración de privacidad* en el propio sitio web con un enlace claro en la *página de inicio [… y además]* en un lenguaje claro y sencillo […] No debe dejar lugar a diferentes interpretaciones y, en cualquier caso, debe aportar claridad sobre el objetivo y la base jurídica de los análisis", con una información "estratificada".

También en el terreno concreto de la IA, los estándares del ICO (2021 b) para el sector público están claramente estructurados en estos dos niveles. De igual modo, desde ahí se indica también que se ha de informar de cómo se puede obtener más información sobre la herramienta o cómo pueden hacer cuestiones, incluidas las opciones fuera de línea y una dirección de correo electrónico de contacto de la organización, el equipo o la persona de contacto responsable.

Las Directrices del Mº Justicia (2021) para el sector público holandés inciden en este apartado y apuntan que "cuando la información retenida sirve para la "explicabilidad", suele adoptar la forma de documentos "normales", como documentos de Word o PDF o presentaciones (digitales)." Y se apunta especialmente la mejor gestión en forma de código fuente, repositorios de código y bases de datos"[48].

14.- Para concluir: Recapitulación del detalle de la información algorítmica, ¿Quién accederá a ella?

Se inició el estudio recordando que respecto de la transparencia y explicabilidad algorítmicas, los datos, información y conocimiento en los que se sustancian dependen en buena medida de definir para qué se quiere la transparencia y a quién o para quién va dirigida. Sobre estas premisas se ha pretendido detallar *qué transparencia*. Así, el punto de partida y premisa es la "comunicación" general de la existencia del sistema IA, así como en su caso "notificaciones" o informaciones particulares de su uso a los afectados o interesados. De igual modo se han señalado los futuros registros y bases de datos públicas de sistemas de IA de alto riesgo regulados por el AIA. También, y con creciente importancia se han mencionado las obligaciones de difusión activa de información sobre la existencia de sistemas de IA públicos y su grado de incidencia en las decisiones públicas. El futuro ejemplo valenciano con la ley de 2022 puede ser un referente para España y Europa, muy por encima de las escasas garantías normativas estatales en España. La transparencia también ha de ser sobre quiénes son los proveedores de sistemas de IA y quiénes

[48] "En lo que respecta a la transparencia técnica, es más probable que la información que debe conservarse sea en forma de código (fuente) y datos. Es más probable que esta información se gestione en otros entornos, como *los repositorios de código* y las bases de datos. Hay que prestar especial atención a que esta información esté también en el panorama de los responsables de la gestión de la información para que ésta sea también accesible y cumpla con la Ley de Archivos, entre otras cosas."

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

los usuarios. De igual forma se han recordado las obligaciones de informar de responsables de protección de datos y otras figuras. Asimismo la transparencia algorítmica lo ha de ser sobre por qué existe el sistema IA y una explicación de que no había mejores alternativas. Ello puede ser de especial relevancia jurídica en algunos contextos en los que el uso mismo de un sistema de IA pueda considerarse restrictivo de derechos. Igualmente, la transparencia supone informar sobre la finalidad prevista, general y concreta del sistema IA y en su caso la prioridad de los mismos. La transparencia e información sobre los datos de entrenamiento del sistema de IA, así como los datos de entrada para su funcionamiento, validación y prueba es también esencial y exigible en razón de diferentes normativas. Es más, de nuevo he insistido en que el afectado o interesado tiene derecho a los datos inferidos sobre él por el sistema de IA, sin perjuicio de que puedan concurrir límites específicos.

Otro grueso de información a disponer en razón de la transparencia algorítmica es relativa a la tipología y especificaciones técnicas del sistema IA. En principio quedaría más próxima a la transparencia "interna" por su naturaleza, si bien, los interesados o afectados por los sistemas así como la comunidad científica y especializada también requieren de diferente información "técnica". De ahí que se detalle la diferente transparencia sobre el tipo de modelos y algoritmos, sus módulos, grado de madurez o sistema de entrenamiento. Del mismo modo se hace referencia al sensible acceso al "código fuente", programación y software del sistema. De manera específica se analiza la transparencia técnica sobre el sistema IA que impone el AIA para el público en general, así como la transparencia "interna" técnica del proveedor para usuarios y para las entidades evaluadoras y autoridades supervisoras.

La transparencia y explicabilidad algorítmicas han venido ligadas hasta la fecha especialmente a la regulación de protección de datos y en concreto al ámbito de las decisiones automatizadas -o de IA- del artículo 22 RGPD y afines. Lamentablemente son exigencias normativas bastante limitadas, si bien este precepto inspira y se proyecta también en otros contextos en forma de exigencias de transparencia o "notificaciones" sobre el fundamento y lógica del sistema IA, como las más recientes del ámbito laboral (*ley rider*) como especialmente para el sector público. Así las cosas se ha descrito en lo posible la información que procede, a partir de los referentes internacionales así como el alto grado de detalle de la AEPD en 2020.

Un bloque bien importante de transparencia algorítmica es la relativa a los datos, información y conocimiento sobre las garantías del sistema de IA, sobre la existencia y contenido de las evaluaciones de impacto y su confidencialidad. En este grupo no es poca la información potencial a facilitar sobre las medidas y mitigaciones frente a riesgos, sobre la supervisión humana del sistema IA así como sobre auditorías. Finalmente en este bloque se ha detallado la numerosa información sobre garantías del sistema exigida por el futuro AIA, de nuevo transparencia "interna" no dirigida al público en general, sino a usuarios, organismos evaluadores y autoridades.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

Se ha hecho referencia a las obligaciones de transparencia sobre el fundamento y lógica del sistema IA y su incidencia en la toma de decisiones y la transparencia en razón del artículo 22 RGPD. Pues bien, se ha dedicado un apartado más concreto sobre la transparencia de los algoritmos públicos y la exigencia de una motivación comprensible de las decisiones públicas con IA. Se trata de ámbitos muy conectados respecto de los que he formulado concreciones jurídico normativas que pueden ser relevantes. También en este contexto público se han detallado exigencias de transparencia en la contratación pública de IA. Tras el detalle de qué transparencia se ha concluido este estudio con una breve referencia a cómo se ha de brindar la información en la que se sustancia.

No es posible en este estudio adentrarse en el terreno del ejercicio del derecho de acceso a la información pública en materia de algoritmos. Se trata de una herramienta en manos de la sociedad civil y la ciudadanía en general así como la comunidad investigadora. Cabe seguir, Boix (2022), Gutiérrez (2021), Cerrillo (2020 a), Vestri (2021 b y 2022). También este acceso puede darse a través del derecho de acceso por los afectados de los tratamientos de datos (RGPD), o en razón de los derechos procesales en caso de un conflicto especialmente judicializado. Ahora sólo quiero llamar la atención en que las importantes las obligaciones de transparencia "interna" (del proveedor hacia el usuario o las autoridades) generan documentación e información que puede llegar a ser accesible por el público en general o los interesados en particular. Se hace referencia a la información dirigida a sujetos específicos, como puedan ser los usuarios del sistema IA, organismos evaluadores o autoridades supervisoras. Ello tiene especial interés respecto de la documentación técnica o de gestión de calidad exigida por el futuro AIA. Esta documentación y toda la información que se solicite ha de facilitarse a las autoridades competentes (art. 23 y otros AIA) y a la misma acceden entre otros los organismos notificados, autoridades notificantes y otros sujetos implicados en los procedimientos de evaluación de conformidad. La documentación se ha de mantener a disposición y conservar, así como la documentación relativa a la gestión de calidad (art. 17) durante diez años tras puesta en servicio o introducción en el mercado (art. 50). Su régimen de acceso está regulado en el futuro artículo 64. Si bien sólo está previsto el acceso a esta información por sujetos cualificados, no hay que excluir totalmente el acceso esta información por interesados y afectados, e incluso por la comunidad científica, sociedad civil y el público en general bajo una serie de circunstancias. En muchos casos se tratará de información pública (art. 13 Ley 19/2013, "contenidos […] cualquiera que sea su formato o soporte […] elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones") a la que potencialmente se puede acceder a través del derecho de acceso a la información pública. Ello será así especialmente en todos los casos de uso público de IA, ya sean desarrollos propios o de desarrollos para el sector público. También hay que tener en cuenta que se trata de información disponible para el ejercicio de funciones públicas por las autoridades supervisoras de IA u otras competencias. Es por ello que en línea de principio no es difícil que quede también

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
Qué concreta transparencia e información es…
por Lorenzo Cotino Hueso
Págs. 17-63
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

en el ámbito de la información pública del referido artículo 13, sin perjuicio de que puedan concurrir causas de inadmisión (art. 18) o límites aplicables (arts. 14 y 15). Y las autoridades en su caso judiciales también podrán requerir la información cuando se considere preciso, sin perjuicio de las fórmulas de secreto y reserva que puedan concurrir.

Bibliografía

ACCESS NOW. 2018. "Human Rights in the Age of Artificial Intelligence", Access Now, nº 9. https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/11/AI-and-Human-Rights.pdf

AEPD:

-2018. *Guía para el cumplimiento del deber de informar*, https://www.aepd.es/es/media/guias/guia-modelo-clausula-informativa.pdf

-2020. *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción, de febrero*, https://www.aepd.es/media/guias/adecuacion-rgpd-ia.pdf

-2021. *Requisitos para Auditorías de Tratamientos que incluyan IA*, https://www.aepd.es/es/media/guias/requisitos-auditorias-tratamientos-incluyan-ia.pdf

AI WATCH:

-2022 a. *European landscape on the use of Artificial Intelligence by the Public Sector,* (Tangi, L. *et al*) EUR 31088 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, , doi:10.2760/39336, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC129301

-2022 b. *Road to the adoption of artificial intelligence by the public sector: a handbook for policymakers, public administrations and relevant stakeholders*, European Commission, Joint Research Centre, Publications Office of the European Union, 2022, https://data.europa.eu/doi/10.2760/288757

BENÍTEZ PALMA, E. .2022. "Mucho ruido y pocas nueces: algunas consideraciones sobre los registros públicos de algoritmos", VESTRI, G. *Disrupción tecnológica en la administración pública retos*, Aranzadi, Cízur, pp. 83-96.

BOIX PALOP, A. 2022. "Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Nº. 100, 2022. 90-105.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A.:

-2020 a. "La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas", *Anuario de Transparencia Local*, nº. 3, 2020, pp. 41-78.

-2020 b. ¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?, *European Review of Digital Administration & Law* Volume 1 – Issue 1-2 –:18-36, DOI: 10.4399/97888255389603.

COTINO HUESO, L.:

-2019 a. "Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho" en *Revista Catalana de Derecho Público* nº 58 (junio). http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/n58 http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303

-2019 b. "Derechos y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data", en Bauzá, Marcelo (dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, Obra Colectiva de FIADI (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática), La Ley- Thompson-Reuters, Montevideo, pp. 917-952, http://links.uv.es/BmO8AU7

-2021. "Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales", en RAMIÓ, C. (coord.), *Repensando la administración digital y la innovación pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid. https://links.uv.es/FUW2pz6

-2022 a. "Nuevo paradigma en la garantías de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial", en COTINO HUESO, L. (editor), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thompson-Reuters Aranzadi, FIADI, Cizur.

-2022 b. "Derechos ante la Administración digital y la inteligencia artificial (apartado XVIII)" en L. Cotino Hueso, (editor), *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

-2022 c. "Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y "compañía" (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad…). Para qué, para quién y cuánta", en COTINO HUESO L. y CASTELLANOS J. (coords.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI), 2022. *Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration*, European Law Institute, Universidad de Viena, , https://acortar.link/46WRX6

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

FJELD, J. *et al*. 2020. "Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI", Berkman Klein Center for Internet & Society Research at Harvard University. Enero., https://dash.harvard.edu/handle/1/42160420

FLORIDI, L., *et al.,* "*AI4People* —An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations", *Minds and Machines* 28(4), 2018, pp. 689-707, https://doi.org/10.1007/s11023-018-9482-5

FRA. 2020. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Getting the future right. artificial intelligence and fundamental rights*, https://n9.cl/npyhe

FUNDACIÓN ETICAS. 2022. *The External Audit of the VioGén System*, mayo, https://eticasfoundation.org/wp-content/uploads/2022/03/ETICAS-FND-The-External-Audit-of-the-VioGen-System.pdf

G29 Grupo del Artículo 29. 2018. *Directrices sobre decisiones automatizadas de 6 de febrero de*, https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf

GALETTA, D-U. 2022. "Derechos y garantías concretas respecto del uso por los poderes públicos de decisiones automatizadas e inteligencia artificial en el procedimiento administrativo", en Cotino Hueso, L. (editor), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thompson-Reuters Aranzadi, Cizur, pp. 79-93.

GAMERO CASADO E. 2021. "Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en inteligencia artificial o en algoritmos", *Almacén de Derecho*, 4 febrero.

GAMERO CASADO E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. 2016. *Manual básico de Derecho Administrativo*, (13ª ed.), Tecnos.

GUTIÉRREZ DAVID, M.E.:

-2021. "Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales", en *Derecom*, nº 31, pp. 19-105, http://www.derecom.com/derecom/

-2022. "Acceso al código fuente y a los algoritmos de las Administraciones inteligentes. Lecciones a partir de experiencias comparadas", en COTINO HUESO L. y CASTELLANOS J. (coords.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

HLEG (Comisión Europea - Grupo Independiente de Expertos de Alto nivel sobre Inteligencia Artificial). 2019. *Directrices éticas para una IA fiable*, https://n9.cl/q5hyc

ICO (Information Comissioner Office):

-2021 a). *What do we need to do to ensure lawfulness, fairness, and transparency in AI systems?,* ICO, https://n9.cl/kz4nm

-2021 b). *Algorithmic transparency data standard,* ICO, 2021 (última versión julio 2022), https://www.gov.uk/government/collections/algorithmic-transparency-standard

ICO y Alan Turing Institute. 2020. *Explaining decisions made with Artificial Intelligence*, https://n9.cl/jw5ys

JIMÉNEZ LÓPEZ, J. 2022. "Oscuridad algorítmica en el sector público", en VESTRI, G. *Disrupción tecnológica en la administración pública retos*, Aranzadi, Cízur.

JOBIN, A., IENCA, M. y VAYENA, E. 2019. "The Global Landscape of AI Ethics Guidelines", en *Nature Machine Intelligence* 1, 389–399.

MANTELERO, A. 2022. *Beyond Data. Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Information Technology and Law Series, IT&LAW 36.

MEDINA GUERRERO, M. 2022. "El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales", en *Teoría y realidad constitucional*, nº 49, pp. 141-171, https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8450038.pdf

MIRANZO DÍAZ, J. 2020. "Inteligencia artificial y contratación pública", en MARTÍN I. (Dir.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, INAP, pp. 105-142.

MISURACA, G. 2020. *AI Watch. Artificial Intelligence in public services. Overview of the use and impact of AI in public services in the EU*, Joint Research Centre, Unión Europea. https://n9.cl/vmdnf

Mº INTERIOR Y RELACIONES DEL REINO (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties). 2021. *Impact Assessment. Mensenrechten en Algoritmes (Evaluación de impacto. Derechos humanos y algoritmos),* julio, https://n9.cl/rnqqd

Mº JUSTICIA (Ministerie van Justitie en Veilighei, Rijksoverheid, Gobierno central). 2021. *Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door overheden en publieksvoorlichting over data-analyses* (*Pautas para la aplicación de algoritmos*

CC BY SA

por parte de los gobiernos y educación pública sobre análisis de datos), Directiva (Richtlijn), de 08-03-, https://acortar.link/6C226N

MTES (Ministerio de Trabajo y Economía Social). 2022. *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Gobierno de España, Mayo, https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/100622-Guia_algoritmos.pdf

NIST; SCHWARTZ, R. *et al.* 2022. *Towards a Standard for Identifying and Managing Bias in Artificial Intelligence, Special Publication* 1270 (NIST SP), National Institute of Standards and Technology, Gaithersburg, MD, https://doi.org/10.6028/NIST.SP.1270

NIST. 2022. *AI Risk Management Framework: Initial Draft*, marzo, https://www.nist.gov/document/ai-risk-management-framework-initial-draft

ODISEIA. 2021. (COTINO HUESO, L., coord.), *Documento propuestas mejora Carta Derechos Digitales*, diciembre, https://links.uv.es/Twqnt2U

PALMA ORTIGOSA, A.:

-2021. *Régimen jurídico de la toma de decisiones automatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en el marco del derecho a la protección de datos personales*, Tesis doctoral Universidad de Valencia.

-2022. *Decisiones automatizadas y protección de datos personales. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, Dykinson,

PALUMBO, S. 2022 "Algoritmo y transparencia de la administración pública en el ordenamiento jurídico italiano. Algunas reflexiones críticas a partir del caso `Buona Scuola´".

RED DAIA:

-2019 a. *Conclusiones de Toledo de 1 de abril*, en línea https://bit.ly/2LvW77M

-2019 b. *Declaración final de Valencia de 24 de octubre*, en línea https://www.dropbox.com/s/zlth1wq0n2z8c0b/DAIA_Valenciadeclaracion.pdf?dl=0

-2020 a. *Aportación a consulta de derechos digitales de julio,* 2020 https://www.dropbox.com/s/w9xlb64o1zemaca/DAIACONSULTAvenviada.pdf?dl=0

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.272

-2020 b. *Carta de Derechos digitales y sector público: propuestas de mejora*. diciembre 2020, https://www.dropbox.com/s/gsbirh4kcn6vlk0/DAIAcartadic20.pdf?dl=0

VESTRI. G.:

-2021 a). "Sistemas de inteligencia artificial en la contratación pública: entre códigos fuente y datos abiertos", *Actualidad administrativa*, Nº 12.

-2021 b). "La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 56, Zaragoza, 2021, pp. 368-398

-2022. "Denegación vs. Derecho de acceso al código fuente en los sistemas algorítmicos. Una perspectiva jurídico-administrativa", en COTINO HUESO L. y CASTELLANOS J. (coords.), *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

El derecho a transparencia desde una perspectiva de género

Catalina Ruíz-Rico Ruíz[1]

Universidad de Jaén

España

ORCID : 0000-0002-0966-8686

RECIBIDO : 29/01/2023
ACEPTADO : 24/02/2023

RESUMEN: La transparencia presenta una dimensión constitucional por la repercusión en derechos fundamentales de víctimas de violencia y maltrato. El objeto de estudio se centra en los riesgos de la desinformación y sus efectos negativos sobre la vida, integridad, seguridad, revictimización o tutela jurídica de las mujeres. La metodología se desarrolla a través de la aplicación de la perspectiva de género y el criterio de vulnerabilidad como categorías de análisis, basándose en las deficiencias de la regulación actual, la jurisprudencia emergente en esta temática y la interpretación doctrinal de aspectos controvertidos. Como conclusiones destacan la construcción jurídica de una transparencia de género a través de un derecho subjetivo individual y adaptativo de información, la consolidación de un interés público de género para dirimir conflictos entre derechos fundamentales de víctimas y delincuentes, las limitaciones al derecho al olvido de maltratadores o agresores sexuales y la responsabilidad pública por desinformación.

PALABRAS CLAVE: Género, transparencia, información, olvido, responsabilidad.

CONTENIDOS: 1.- Introducción. 2.- Acceso a información en delitos sexuales y de género. *2.1.- Legitimación activa y pasiva. 2.2.- Derecho de información de las víctimas y protección jurídica*. 3.- Dimensión constitucional de la vertiente objetiva. *3.1.- Aplicación extensiva del objeto. 3.2.- Supuestos de acceso limitado y apertura.* 3.2.1.- Registros administrativos. 3.2.2.- Sentencias anonimizadas. 4. Conflicto entre derechos fundamentales de víctimas y agresores: criterio de interés público. 5. El derecho al olvido desde una perspectiva de género. 6. Desinformación y responsabilidad del Estado. 7. Conclusiones.- Bibliografía.

[1] Profesora Catedrática de Universidad. Autora de más de diez monografías sobre temas de transparencia, participación ciudadana, calidad democrática, igualdad, derechos fundamentales y estatutarios. Con numerosas publicaciones en obras colectivas y revistas especializadas, ha sido responsable de cinco proyectos de investigación, coordinadora de tres proyectos de innovación docente y de extensión universitaria, organizadora y directora de numerosas jornadas científicas.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

The right to transparency from a gender perspective

ABSTRACT: Transparency has a constitutional dimension due to its impact on the fundamental rights of victims of violence and mistreatment. The object of study focuses on the risks of misinformation and its negative effects on the life, integrity, security, revictimization or legal protection of women. The methodology is developed through the application of the gender perspective and the vulnerability criterion as categories of analysis, based on the deficiencies of the current regulation, the emerging jurisprudence on this subject and the doctrinal interpretation of controversial aspects. As conclusions, stand out the legal construction of gender transparency through an individual and adaptive subjective right to information, the consolidation of a gender public interest to resolve conflicts between fundamental rights of victims and criminals, limitations on the right to be forgotten of abusers or sexual offenders and public responsibility for misinformation.

KEYWORDS: Gender, transparency, information, oblivion, responsibility.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

1.- Introducción

La desinformación de mujeres y víctimas de violencias sexuales o de género derivada del actual sistema público, interviene como causa de vulneración de derechos fundamentales (a la vida, seguridad, integridad física y psíquica, intimidad…). La inaccesibilidad legal a datos, documentación de archivos, registros, procesos judiciales y también la falta de diligencia o negativa a informar de las administraciones, puede contribuir a la indefensión[2]. El riesgo de muerte, daños, lesiones, revictimización por el desconocimiento de datos, informes, antecedentes penales, denuncias, condenas o reincidencia de parejas, vecinos, personas del entorno laboral o social, vulnera derechos fundamentales y genera conflictos entre los intereses de víctimas y agresores [3].

Esta dimensión constitucional de la información se enmarca, como hipótesis de partida, en la inferior accesibilidad de las mujeres a la información motivada por cuestiones de tiempo, conciliación o escaso interés desde una perspectiva de género. Según Sierra Rodríguez (2021: 43-44) "en lo que respecta al tipo de solicitantes, se observa que los hombres formulan el 64,2% de las demandas de acceso; mientras que las mujeres, reducen su representación a más de la mitad (30,7%)", admitiendo una brecha de género desproporcionada en el derecho de acceso a la información. Este balance negativo resultaría injustificado si *la transparencia, la ley que la regula y el impacto de la propia norma, generasen información útil para las mujeres*. La legislación sobre la transparencia en España no produce información relevante para las mujeres, ya que la ley no cumple con el más básico requisito de la desagregación por sexo o el cuestionamiento de las categorías estereotipadas de los roles de género (Benítez Eyzaguirre, 2019: 345).

Por lo que el contexto actual implica una limitación del análisis relativo a la influencia de la desinformación en la defensa, garantías y seguridad de las mujeres, agravado por las desigualdades entre víctimas de violencia sexual, de género o doméstica. La metodología principal se centra en la perspectiva de género y la vulnerabilidad como categorías de análisis y técnicas de ponderación de los derechos fundamentales en la relación procesal-penal (Osborne/Molina Petit, 2008:177). Según Mantilla falcón (2016: 119) "incorporar una perspectiva de género al Derecho implica analizar tanto el proceso de su elaboración como el impacto diferenciado de las normas jurídicas, la jurisprudencia y las diferentes resoluciones jurídicas sobre las personas. Al tener esto presente, se podrán tomar las acciones necesarias para evitar

[2] "En esta perspectiva, la información debe aportar elementos para realizar análisis interseccionales de las categorías sospechosas de discriminación por sexo, género, edad, preferencias, condición social y económica, entre muchas características que puedan ser condición de marginación de las personas. Por eso la transparencia, para ser una herramienta efectiva que permita tomar decisiones, medir avances o rendir cuentas, tiene que tener género" (La transparencia tiene género, el Financiero junio 2016).

[3] Algunas asociaciones de mujeres juristas y progresistas han solicitado que, "de la misma manera que en 2015 se aprobó una ley que permite hacer públicos los nombres de los defraudadores fiscales, las mujeres tengan derecho a saber si algún hombre de su entorno tiene una condena firme por maltrato o delitos sexuales".

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

que continúen y se reproduzcan las situaciones de discriminación y exclusión, lo cual permitirá una mejor y mayor protección de los derechos de las personas".

Entre los objetivos de este estudio destacan principalmente la construcción científica de una transparencia de género, mediante la constitucionalidad de las restricciones subjetivas y objetivas del derecho de información, el blindaje de maltratadores o delincuentes sexuales al amparo de la protección de datos y el derecho al olvido, así como la responsabilidad del Estado por victimización.

La transparencia influye pues, en la prevención y protección jurídica desde una perspectiva de género, planteando su configuración como derecho exigible frente a maltratadores, delincuentes y la propia Administración, con un régimen de deberes y responsabilidades públicas.

2.- Acceso a información en delitos sexuales y de género

2.1.- Legitimación activa y pasiva

En principio, conviene determinar la legitimación activa en el acceso a información y la ampliación del ámbito subjetivo a las mujeres no sólo como víctimas potenciales sino también reales.

Como premisa inicial el artículo 2 Ley 4/2015, de 27 de abril, considera víctima a toda persona que haya sufrido daño o perjuicio, excluyendo a las mujeres como interesadas y víctimas potenciales de violencias sexuales y de género. Ahora bien, esta posición general difícilmente se adapta al deber de prevención de la violencia exigido en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011. Conforme a esta regulación internacional, habría de incluir a las "víctimas (preventivas) o afectados por una infracción penal o que puedan serlo", con el fin de evitar la comisión de delitos por razones de género (artículo 9 Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales).

En este sentido, la SAP Sevilla de 6 de marzo de 2017 señala que el "...derecho de información a la víctima aparece recogido, con carácter general, en el artículo 5.1 b) de la Ley Orgánica 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima "desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia".

Respecto del círculo de legitimados pasivamente a efectos de información, la protección jurídica de las víctimas requiere una interpretación extensible a los denunciados, investigados, inculpados, condenados, reincidentes... [4]. Según el citado

[4] Según el informe del Observatorio de Violencia de Género sobre la evolución de las denuncias entre 2005 y 2012, el número de mujeres agredidas que denunciaron fue de 656.212, mientras que el total de los hombres denunciados fue de 714.412, lo que indica que 58.200 hombres habían maltratado a más de una mujer.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

precepto, se consideran categorías de interesados "las personas respecto de las cuales existan motivos fundados para presumir que hayan cometido, las que puedan cometer o colaborar en la comisión de una infracción penal; personas condenadas o sancionadas por una infracción penal; terceros involucrados en una infracción penal". De igual modo la jurisprudencia confirma un criterio amplio sobre la accesibilidad a la información de maltratadores sin condena penal con fines preventivos (STSJ Barcelona 11224/2021 de 10 de diciembre de 2021). En la actualidad, el acceso al fichero de VIOGEN para la tutela de las víctimas de violencia de género considera legitimadas a "las personas incursas en procedimientos e investigaciones judiciales relacionadas con esos mismos hechos".

No obstante, el estatus jurídico y la situación de los maltratadores o agresores sexuales puede influir en el alcance de la legitimación pasiva y de la accesibilidad a información relativa a sus datos o privacidad. Por lo que la transparencia podría modularse con base en factores del sujeto pasivo como la gravedad del delito, peligrosidad del delincuente, reincidencia, condena penal o adopción de medidas cautelares[5].

2.2. Derecho de información de las víctimas y protección jurídica

La proyección constitucional de la transparencia de género se manifiesta en los derechos fundamentales de las víctimas de delitos sexuales y violencia de género, a través de una doble vertiente de la información.

De un lado, la reserva de información sobre las víctimas pretende garantizar sus derechos a intimidad, seguridad, libertad, imagen, honor, integridad física y psíquica, evitando además su estigmatización y localización. En consecuencia, el derecho a confidencialidad de datos puede limitar la libertad de información, la revelación de información personal y los abusos procesales en el ejercicio de la tutela judicial efectiva. En esta línea, Martínez, R. señala que "si hay que tratar datos de una mujer víctima de violencia de género no se debería informar porque se trata de preservar el derecho a la integridad física de esa persona, aparte de la propia tutela judicial efectiva".

La inaccesibilidad a información de las víctimas presenta una amplia base jurídica conforme a la Recomendación Rec (2003)13 del Consejo de Ministros a los Estados miembros, sobre la divulgación en los procesos penales por parte de los medios de comunicación, "con el respeto del derecho a la protección de la vida privada, muy en especial, en lo que se refiere a las víctimas y a las personas menores o a las

[5] "El 4,52% de los denunciados por violencia machista agrede a más de una pareja o ex pareja: casi el 5% de los maltratadores es reincidente. Similar a la cifra de mujeres con varios agresores: 14.646 víctimas (4,97% de las maltratadas). El número total de reincidentes en los seis años analizados por Viogen otorga una media de 2.234 agresores múltiples denunciados al año en España. Es decir, el Estado sabe que una media de seis hombres al día son denunciados por haber agredido a más de una mujer en su vida" (INE, mayo 2022).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

vulnerables que sean parte en el proceso". También la *Propuesta para una Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, limita la utilización de las pruebas o cuestiones relacionadas con la vida privada y sexual de las víctimas.

En el ámbito nacional, el artículo 19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito establece que "las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para…proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada". Faraldo Cabana (2016:77) afirma que "una vez que empezaron a aplicarse los nuevos tipos penales se pusieron de manifiesto las deficiencias de la regulación y los perniciosos efectos de la victimización secundaria, así como las disfuncionalidades del sistema a la hora de atender las necesidades de protección y de asistencia de las víctimas".

El artículo 39 Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, dispone que "cuando existan indicios de que una violación de la seguridad de los datos personales supondría un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento comunicará al interesado, sin dilación indebida, la violación de la seguridad de los datos personales".

Estas disposiciones garantes de las víctimas en general adolecen, no obstante, de perspectiva de género a excepción de la reciente Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (artículo 50) que regula el derecho fundamental a la protección de datos de las víctimas de violencias sexuales, especialmente cuando se perpetúe a través de las nuevas tecnologías (artículo 50). De igual modo también el Plan de Responsabilidad Social (Agenda 2030) de la Agencia Española de Protección de Datos, pretende asegurar la privacidad de las mujeres víctimas de violencia de género.

Sin embargo, la legalidad vigente refleja una protección reforzada de las víctimas por el riesgo de afectación de sus derechos fundamentales a través de un uso indebido, ilícito y lesivo de la información, bien por los medios de comunicación, terceros o los propios agresores. En particular, los artículos 19, 22, 23 y 24 Estatuto de la Víctima, el artículo 15 artículo Ley 19/2013, de 19 de diciembre (sobre mayor garantía de los derechos de los afectados si afectan a la intimidad, seguridad o menores) y el artículo 34 Ley 10/2022, de 6 de septiembre, respecto de las víctimas de violencias sexuales.

De otro lado, la transparencia como derecho de las víctimas de maltrato, acoso y delitos sexuales a obtener información con relevancia de género en asuntos de interés público (privado) y con fines legítimos, puede ampararse con carácter general en la prevención y tutela jurídica de la violencia. En particular, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, modificativa de la legislación de violencia de género (artículo

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

17), admite que "la información a las víctimas de violencia de género contribuye a hacer efectivos los derechos constitucionales a integridad física, moral, seguridad y de igualdad o no discriminación". El legislador confirma así expresamente la transcendencia constitucional de la información de las víctimas en orden a la protección de sus derechos fundamentales por razones de género.

Las garantías jurídicas de la información relativa a mujeres y víctimas no resultan equiparables a las de su contraparte en la relación procesal-penal. La vulnerabilidad "por razones de género" otorga prioridad indirectamente a sus derechos fundamentales no sólo respecto de la libertad de información, sino también del derecho a tutela judicial de maltratadores o infractores, justificando restricciones en la difusión y defensa judicial en perjuicio de las víctimas. Según la STSJ Barcelona «tratándose de una cuestión de violencia de género, además, produce un especial rechazo, al ser una materia altamente sensible, en donde denunciante y víctima merecen una especial protección». Maturana (2019: 287) señala que "el juez, a través de sus fallos, tiene la posibilidad de aminorar las asimetrías de poder entre las partes atendido el mérito del caso cuando, en concreto, aplica el derecho a los hechos". Con carácter general Poyatos i Matas (2019: pág. 9) sostiene que "la integración del principio de igualdad en las resoluciones judiciales, es una obligación vinculante para jueces y juezas, que les exige que tengan en cuenta permanentemente, este principio informador, como parámetro principal (no adicional o secundario) en aquellas resoluciones en las que se comprometa el derecho a la igualdad y no discriminación, por razón de sexo" (Salazar Benítez, 2021:365).

Ambas modalidades de transparencia (activa y pasiva) según se trate de preservar información de víctimas o de reclamarse a efectos preventivos y de protección, plantean una compleja problemática constitucional en torno a las restricciones subjetivas y objetivas, conflicto entre derechos fundamentales de víctimas y agresores, excepciones del derecho al olvido, revictimización y responsabilidad del Estado por ocultación de datos, negligencia o denegación de información.

3.- Dimensión constitucional de la vertiente objetiva

3.1.- Aplicación extensiva del objeto

El objeto y contenido de la información accesible presenta una vertiente constitucional derivada de la interpretación "pro libertate" como numerus apertus desde una perspectiva de género y de la adaptación a las circunstancias de las víctimas.

En primer lugar, el derecho de información de las víctimas presenta un carácter taxativo limitado al proceso y a la situación penitenciaria de los delincuentes entre otros, sin abarcar posibles datos de interés para las mujeres como antecedentes penales, reincidencia, localización geográfica, informes sobre rehabilitación… En estos términos, el Convenio de Estambul reconoce un derecho de información a las víctimas sobre "el curso de su demanda, desarrollo de la investigación, medidas para

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

proteger su vida privada, resolución recaída" (artículos 56 y 64)[6]. De igual modo, el Estatuto de la Víctima prevé un derecho de información sobre "los cambios en el régimen penitenciario de los maltratadores que están o han estado en la cárcel, incluso si están presos por delitos diferentes a los de violencia de género, mediante un aviso de alerta". Recientemente la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, regula el derecho de información de las víctimas de violencias sexuales a las medidas de protección y seguridad, sus derechos y recursos (artículos 34 y 53)[7].

En cuanto a la adaptación de la información a las circunstancias de las víctimas, las normas aplicables admiten "el derecho a una información plena y completa según sus necesidades específicas". La Propuesta para una Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia (artículos 18 y 34) dispone que las mujeres víctimas de violencia de género y violencias sexuales tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, aunque se reduce en el párrafo siguiente a su protección y seguridad y a los derechos y ayudas en ella previstos, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia y crisis, apoyo y recuperación integral. La vulnerabilidad de la víctima determina "la valoración por el juez de sus necesidades y la atención a la voluntad expresada según sus intereses" (artículos 23 y 24 Estatuto de la Víctima). Desde una perspectiva de género y del criterio de vulnerabilidad la información necesaria para la víctima no puede interpretarse restrictivamente (Villanueva Flores, 1997:512 y Gama, 2020:287) como numerus clausus, sino en el sentido más favorable y abierto. A pesar de que la afectación de derechos fundamentales tiende a constreñir el objeto accesible de información, prevaleciendo el principio de minimización de datos personales (artículo 29 Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo).

3.2.- Supuestos de acceso limitado y apertura

3.2.1.- Registros administrativos

La actual configuración reservada de los Registros administrativos impide el acceso a la información depositada a sus "beneficiarias", pese a la finalidad protectora de las víctimas. No obstante, la aplicación de la legislación de transparencia y la perspectiva de género pueden argumentar su apertura como garantía de los derechos fundamentales afectados.

En principio, con carácter general, el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, regulador del Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, establece la información que contienen (dependiendo si hay o no sentencia firme). Desde un punto de vista objetivo, el Registro Central para la Protección de las

[6] Permite transferir informaciones cuando considere que la divulgación de tales informaciones puede ayudar a la Parte que las reciba a prevenir los delitos establecidos en virtud del presente Convenio, o a entablar o perseguir las investigaciones o los procedimientos relativos a tales delitos (artículo 64).

[7] También la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación reconoce a las víctimas un derecho a recibir información completa y comprensible, así como asesoramiento relativo a su situación personal adaptado a su contexto, necesidades y capacidades (artículo 5).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

Víctimas de Violencia Doméstica y de Género incluye "las penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito; medidas cautelares, órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación y su quebrantamiento". Respecto del Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS) contiene "la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas por cualquier delito de naturaleza sexual".

En ambos registros, se excluye a las víctimas como resulta del mencionado Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero (artículo 5), únicamente autorizando "el acceso de los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal". Esta limitación subjetiva se prevé de modo particular para el Registro Central de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica (artículo 7), restringido "a la policía judicial, unidades de Intervención de la Guardia Civil, del Cuerpo Nacional de Policía…, especialmente encargadas del control y seguimiento de la violencia doméstica, y a las CCAA en el ámbito de sus competencias". El derecho de información de los interesados, incluso si son víctimas, se reduce "a los datos relativos a su persona" contenidos en cualquiera de los Registros, privándolas en consecuencia de conocer datos de sus agresores[8].

Ahora bien, a través de la legislación de transparencia puede cuestionarse la actual accesibilidad limitada del Registro Central de maltratadores (a jueces, fiscales, policías y otras Administraciones en el ámbito de sus competencias) y el carácter reservado del Registro de Delincuentes Sexuales[9]. En este sentido la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, reconoce que sólo prevalece sobre dicha normativa la disposición específica que establezca "un régimen más amplio en publicidad", pero no más restrictivo como en el acceso a la información de los mencionados Registros administrativos (artículos 5.2 y 14).

Desde una perspectiva de género, también las limitaciones de acceso a la información habrían de interpretarse restrictivamente aunque presenten un respaldo normativo en la configuración de Registros públicos, justificando la apertura de los mismos para la seguridad, prevención, autoprotección de mujeres y víctimas, así como su exigibilidad a los poderes públicos.

[8] No obstante, la Ley 26/2015 autoriza a las empresas privadas a solicitar un certificado pues con anterioridad todos los procesos de petición de certificados de antecedentes penales estaban controlados por instituciones públicas. Con esta reforma, la accesibilidad de las empresas privadas a los datos fundamentaría el derecho de información de las víctimas o mujeres interesadas por estar en situación de riesgo. En el caso del fichero Viogen considera como interesadas a las personas incursas en procedimientos e investigaciones judiciales, sin prejuzgar el derecho a presunción de inocencia.

[9] La STC 59/2022, de 9 de mayo de 2022 resuelve recurso de amparo sobre resolución desestimatoria de la pretensión de cancelación de antecedentes en el registro central de delincuentes sexuales, considerando que se ha vulnerado el derecho a tutela judicial por no dar respuesta a la pretensión fundada en el principio de calidad de los datos.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

3.2.2.- Sentencias anonimizadas

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (artículo 266) permite el acceso al texto de las sentencias por cualquier interesado, aunque puede restringirse "si afecta a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados". La Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo (Disposición final tercera. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial) modifica los artículos 234 y 235 LOPJ, que obligan a facilitar a los interesados "información solicitada sobre el estado de las actuaciones procesales salvo las declaradas secretas o reservadas y el acceso a resoluciones judiciales por quienes no son partes en el proceso previa anonimización y respeto al derecho a la intimidad de las víctimas"[10].

Por su parte, el Acuerdo de 18 de junio de 1997 del Consejo General del Poder Judicial estableció que "en el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se procurará la supresión de los datos de identificación para asegurar en todo momento la protección del honor e intimidad personal y familiar".

Respecto del Tribunal Constitucional, ha considerado legítimo omitir la identificación de las víctimas de delitos sexuales, de menores en procesos de filiación, desamparo, adopción y custodia (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, 127/2003, de 30 de junio7/1994, de 17 de enero, 221/2002, de 25 de noviembre, 94/2003, de 19 de mayo, y 144/2003, de 14 de julio), y de los autores de delitos menores de edad (STC 288/2000, de 27 de noviembre, y 30/2005, de 14 de febrero)[11]. Las SSTC 57/2004, de 19 de abril, y 114/2006 admiten que "los principios de ponderación y proporcionalidad pueden llevar a la conclusión de que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia sobre la publicidad de las resoluciones judiciales".

En la jurisprudencia ordinaria la STS 1191/2008, de 22 de diciembre admite que "la publicidad de las sentencias constituye un instrumento de garantía de la independencia de los tribunales y de su actuación conforme a Derecho" y "solamente puede ser restringida o limitada, con arreglo a lo establecido en la ley, cuando puede comportar el menoscabo de un derecho fundamental de los ciudadanos afectados o de un bien constitucionalmente protegido". En la misma

[10] El artículo 28 Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo señala que "…entre estas medidas técnicas, se podrá adoptar la seudonimización de los datos personales a los efectos de contribuir a la aplicación de los principios establecidos en esta Ley Orgánica, en particular, el de minimización de datos personales". El artículo 53 de la citada Ley prevé que los interesados tendrán derecho a ser indemnizados por el responsable del tratamiento, o por el encargado del tratamiento cuando formen parte del sector público, en el caso de que sufran daño o lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en esta Ley Orgánica.

[11] "El TEDH también admite excepciones en casos justificados y excepcionales, y puede hacerlo de oficio, si bien el demandante tiene que solicitarlo, exponiendo sus razones de forma clara, según el artículo 47.4 de su reglamento interno" Confilegal).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

línea, la Agencia Española de Protección de Datos considera que "las sentencias no son públicas, ni se publican para general conocimiento (Resolución R/01239/2007), aunque en virtud del derecho de información**,** como en el caso que se examina existan noticias relacionadas con el denunciante y los hechos" (Resolución R/01239/2007).

Sin embargo, conviene poner de manifiesto las incoherencias de este sistema que, paradójicamente, permite identificar en las actuaciones previas para después suprimir los datos personales en las sentencias. La anonimización en las sentencias se ha generalizado como medida para no afectar el derecho a la intimidad y a la protección de datos, compensando los perjuicios de la difusión. Su aparente finalidad se basa en la protección de los datos personales de las víctimas, sin embargo, también beneficia a los delincuentes sexuales o de género y blinda su anonimato frente a aquéllas.

Ante estas posibles disfunciones Marín Castán propuso como regla general la anonimización, salvo excepción por razones de interés público y tutela judicial efectiva, atendiendo a las circunstancias de cada caso [12]. La traslación de su planteamiento al ámbito de la violencia sexual y de género, conduciría a la ponderación del interés público en el conflicto entre derechos fundamentales de víctimas y agresores (Gomez Colomer (2017: 22).

El automatismo actual en la anonimización de las sentencias no responde al interés de las mujeres en el conocimiento de la identidad de delincuentes sexuales y de género, ni a la prevención exigible a la Administración de justicia por el Convenio de Estambul[13]. La interpretación del interés público desde la perspectiva de género puede exceptuar la omisión generalizada de datos personales en las sentencias.

Al respecto la STS de 25 de enero de 2021 admite que "la divulgación del contenido de una sentencia penal condenatoria por delito de maltrato familiar y de detención ilegal con la identificación de nombres y apellidos del condenado no constituye intromisión ilegítima al honor". Se argumenta que "…dada la lacra social de la violencia de género, es innegable el interés general de la difusión de las noticias referidas a condenas por delitos relacionados con la violencia doméstica…se trataba de una noticia de absoluta relevancia e interés público ya que versa sobre un tema tan delicado como es la violencia de género; que el caso concreto tuvo gran impacto en la ciudad cuando los hechos se cometieron". Por tanto, si al amparo de la libertad de información se justifica la divulgación de la identidad del maltratador respecto de

[12] La Ley francesa de mayo de 2019 obliga a eliminar del texto de las sentencias no solo los nombres y apellidos de las personas físicas, partes o terceros partícipes en el caso, sino también los de los miembros del tribunal.

[13] Las utilidades basadas en la utilización de inteligencia artificial y *machine learning* presentadas a la Comisión Permanente del CGPJ permite llevar a cabo la anonimización automática de un documento, lo que supone aplicar los estándares legales de protección de datos a las decisiones judiciales.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

la noticia de una sentencia, podría considerarse igualmente constitucional la desanonimización en estos casos.

El interés legítimo de las mujeres y víctimas por razones de género sobre la publicidad y difusión de una sentencia condenatoria de un maltratador o delincuente sexual fundamenta la transparencia de datos de estos últimos. La STS de 16 de octubre de 2008 admite la publicidad de una sentencia favorable "vinculado al hecho de que esta comunicación no sea desproporcionada por el ámbito subjetivo a que se extienda o por el modo en que se produzca y esté justificada atendiendo a la naturaleza y objeto del proceso de que se trate y al conjunto de circunstancias, incluyendo el carácter de actor o demandado que quien da publicidad a la sentencia haya ostentado en un proceso civil".

La publicidad de datos judicializados en las sentencias presenta un fin legítimo como es la protección de las víctimas y la prevención asumida como deber del Estado en el Convenio de Estambul. La STS de 16 de octubre de 2008 aplica la denominada relevancia pública sobrevenida entendida como "aquélla que se obtiene por el sujeto al estar íntimamente relacionado con un asunto indiscutiblemente de relevancia pública, como lo es un procedimiento penal con sentencia condenatoria en su contra (artículo 120.1 de la Constitución Española)". En esta línea, la STS 25/2021 de 25 de enero confirma que "la relevancia pública no puede limitarse a un personaje público sino que se extiende al procedimiento penal con sentencia condenatoria, y muy especialmente si la condena es por violencia de género (STS 547/2011), por ser un delito de gran relevancia social". Aunque también se publican datos personales del condenado en otros delitos como tráfico de drogas (STS 946/2008), lesiones (STS 948/2008), o asesinato (STS 585/2017). Según Larrauri Pijoan (2021:11), todos los delitos tienen su relevancia social y en este sentido, el criterio de la 'relevancia pública sobrevenida', autorizaría a publicar el nombre de todas las personas condenadas no sólo en noticias sino en sentencias, pues es precisamente la condena lo que otorga relevancia pública.

Paralelamente contrasta la anonimización de datos personales en las resoluciones judiciales con el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal (Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre). Al respecto, la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, admite "la publicidad de los datos personales contenidos en las condenas por delitos contra la Hacienda Pública con base en que el bien protegido en estos casos, el sostenimiento de los gastos públicos tiene rango constitucional (artículo 235 ter)".

La constitucionalidad de esta medida avalada por el TC exceptúa el derecho fundamental a la protección de datos aún erosionando en cierta medida la presunción de inocencia, al no exigirse condena y practicarse incluso mientras se tramita el procedimiento. Por esta razón, el criterio de interés público aplicado a los morosos resulta paralelamente extensible a los maltratadores y agresores sexuales,

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

para descartar que las listas y bases de datos públicas sobre estos últimas sean a priori inconstitucionales[14].

La opacidad en la identidad de los autores de delitos contra las mujeres no sólo representa un agravio comparativo con la publicidad de los delincuentes fiscales, sino que puede menoscabar la prevención de los delitos sexuales y de género[15]. La doctrina española se muestra contraria a un registro o base de datos pública de delincuentes sexuales o de género como garantista de los derechos fundamentales y por los efectos contraproducentes en la reinserción social, aunque desestima la aplicación de la perspectiva de género. Sin embargo, el interés público común a unos y otros delitos contra Hacienda y por razón de género, superior incluso en este último caso con el fin de protección a las víctimas; la primacía de los bienes constitucionalmente protegidos en la violencia sexual y de género sobre los garantizados por el fraude fiscal (sostenimiento del gasto público), argumentan una revisión de medidas preventivas y de tutela como la publicación oficial de datos identificativos relativos a maltratadores y delincuentes sexuales.

4. Conflicto entre derechos fundamentales de víctimas y agresores: criterio de interés público

En la violencia sexual y de género, el acceso a información de mujeres y víctimas tiende a generar un conflicto entre sus derechos fundamentales (integridad, seguridad, intimidad…) y los de maltratadores o delincuentes sexuales (protección de datos, imagen o privacidad…). El artículo 24 Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, regula las restricciones o limitaciones en el derecho de información teniendo en cuenta los derechos fundamentales e intereses legítimos de la persona afectada proporcionadas a los fines de protección de los derechos y libertades de otras personas.

La protección jurídica del derecho a información puede influir restrictivamente en el ejercicio de los derechos fundamentales de infractores o terceros implicados. Para la resolución del conflicto constitucional debe efectuarse una ponderación sujeta a especialidades como la relación jurídico-penal y el interés público, desde una perspectiva de género.

En primer lugar, los roles de víctima y autor del delito en el marco penal no pueden ser inocuos respecto a la equiparación de los derechos fundamentales de ambas partes. La situación procesal del titular de derechos fundamentales como

[14] Según el CGPJ las sentencias por violencia machista sólo "están a disposición de las partes interesadas" en los juzgados y figuran en el buscador de la jurisprudencia pero anonimizadas, sin el nombre real del maltratador.

[15] En EE UU predominan bases de datos de delincuentes sexuales de acceso público y Registros de Delincuentes Sexuales, aunque defensores de las libertades civiles consideran que puede contribuir al acoso de ex delincuentes sexuales.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

denunciado, inculpado, investigado, condenado o reincidente, influye en la tutela de su intimidad, protección de datos, honor o imagen.

De otra parte, a consecuencia de la violencia sexual y de género la vulnerabilidad de las víctimas y los factores de riesgo asociados (convivencia y dependencia del agresor, proximidad al lugar de su residencia…), exigen una protección jurídica reforzada y un rigor superior en la ponderación.

La colisión entre derechos fundamentales de víctimas y delincuentes sexuales o maltratadores puede ponderarse mediante el recurso al criterio de interés público, como límite aplicable a la información[16]. De modo expreso el artículo 15 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, establece que si la solicitud de información no contuviera datos especialmente protegidos se concederá con base en una ponderación razonada del interés público.

Pero la aplicación de este principio no puede causar idénticos efectos en los derechos fundamentales de víctimas y delincuentes, prescindiendo del contexto jurídico, de la situación de vulnerabilidad y del riesgo de posible victimización secundaria de las mujeres. Su tutela jurídica extiende el conflicto a la intervención de terceros a través de la libertad de información y expresión, como derechos medulares del sistema democrático. Sin perjuicio de un interés privado "superior" que puede concurrir con el interés público y justificar el acceso a la información en base con artículo 14 Ley 19/2013, de 19 de diciembre. En particular, el derecho de información de las víctimas puede ampararse no sólo en el interés público común a la libertad de información sino también en el interés privado superior representado por sus derechos fundamentales (Artemi Rallo, 2014: 163).

A propósito de la libertad de información, la jurisprudencia ha contribuido a interpretar el interés público aunque sin reconocer a los medios de comunicación "un derecho fundamental reforzado (sólo otorga alguna protección específica) respecto a los demás ciudadanos" (STC 225/2002). No obstante, la convergencia del interés común de las víctimas y la prensa en la información relativa a delincuentes sexuales o maltratadores, puede fortalecer las garantías constitucionales a expensas de los derechos fundamentales de estos últimos. El interés de la opinión pública y de la sociedad en este tipo de delitos puede coincidir con el interés privado de las víctimas a información sobre datos, identidad, vida privada de los agresores.

En particular, el interés público como concepto indeterminado se viene integrando por la jurisprudencia en el sentido favorable a información sobre violencia de género y delitos contra las mujeres. Por lo que el derecho de información de mujeres y víctimas como vehículo para el ejercicio de sus derechos fundamentales (seguridad, integridad…) se beneficia de la doctrina jurisprudencial favorable a la difusión de

[16] Los fines constitucionalmente legítimos justifican la intromisión en derecho a intimidad de los maltratadores (STC 3 de abril 2003).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

noticias sobre investigaciones, condenas y datos de los maltratadores o agresores sexuales por su interés público.

La relevancia social para la comunidad del maltrato físico y psicológico justifica que "se publique en un medio de comunicación la identidad de los implicados en este tipo de delitos, aunque se dañe su imagen, honor o intimidad y se lesione el derecho a protección de datos", según el Tribunal Supremo. Los actos de maltrato físico y psicológico 'son una cuestión socialmente relevante y de interés para la comunidad', de manera que si un medio de comunicación publica el nombre, los apellidos y la fotografía de un acusado de violencia machista, no está vulnerando sus derechos…la opinión pública merecía estar informada de ese suceso por tratarse de un hecho de 'relevancia general" (STS 25/2021, de 25 de enero).

El interés público o general de la noticia se considera implícito en cualquier información sobre hechos de relevancia penal, aunque especialmente en los supuestos de maltrato o violencia por razón de género[17]. Prevalece sobre los derechos fundamentales de maltratadores el "interés de la sociedad en conocer y evitar hechos como los sucedidos, dados los numerosos casos de malos tratos en el ámbito familiar de los que se hacen eco los medios de comunicación de un tiempo a esta parte" y "dada la lacra social de la violencia de género, es innegable el interés general de la difusión de las noticias referidas a condenas por delitos relacionados con la violencia doméstica".

En esta línea, la STS 24 febrero de 2020 califica el maltrato como cuestión socialmente relevante y de interés para la comunidad, afirmando que "cuando los delitos tienen una extraordinaria importancia y trascendencia social, está justificado no sólo el interés público de la información, sino incluso el que se expresen los datos de identidad de los detenidos, en lugar de las simples letras iniciales de su nombre" (STS 24 de octubre 2008)[18].

Por consiguiente, la libertad de información puede justificar excepciones a los derechos fundamentales de protección de datos o intimidad de los maltratadores o delincuentes sexuales con fundamento en el interés público. Si bien como señalan Manzanero Jiménez y Pérez García-Ferrería (2015:252): "la proporcionalidad en la limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales por acción de este otro valor constitucionalmente legítimo depende del cumplimiento

[17] En base a la STS 20 de julio de 2011: «…es indudable el interés público de la información publicada, pues se trata de un tema de especial sensibilización en la opinión pública. La celebración de juicio oral contra el demandante por un posible delito de lesiones y malos tratos habituales es un hecho de relevancia general, del que la opinión pública merecía estar informada, pues al tratarse de información concerniente a procesos judiciales penales, no solo concurre el interés público en su difusión sino también el interés general, pues el interés público o general de la noticia se considera implícito en cualquier información que afecte a hechos o sucesos de relevancia penal».

[18] "De manera que si un medio de comunicación publica el nombre, los apellidos y la fotografía de un acusado de violencia machista, no está vulnerando sus derechos".

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

cumulativo de los siguientes requisitos: el interés público de la información en la que se haga un tratamiento de datos personales y la veracidad de la información".

La interpretación "pro libertate" de la libertad de información plantea junto a ambos presupuestos de interés público y veracidad, la exigencia de condena penal para la privación de derechos fundamentales a los infractores. El Tribunal Supremo se pronuncia en contra argumentando que "no informar sobre una sentencia que aún no es firme supondría negar "el derecho de la sociedad a conocer puntualmente las noticias relevantes y de interés general que tienen lugar en los tribunales sobre hechos de grave trascendencia y repercusión social" (STS 25/2021, de 25 de enero). Sin embargo, como límite común a la información de la prensa y las víctimas, destacan los datos especialmente protegidos como la vida sexual o la comisión de infracciones penales, puesto que "el legislador sólo permite el acceso a esta información con el consentimiento expreso del afectado o si está amparado por una norma con rango de ley" (artículo 15 LTAIBG y 9 y 10 RGPD)[19]. Aunque esta excepción a la ponderación del interés público puede implicar en la práctica un blindaje de los agresores sexuales y maltratadores frente a las víctimas, que interfiere en los fines de prevención de la violencia contra las mujeres exigidos por el Convenio de Estambul.

En relación al interés público como criterio ponderativo y límite de derechos fundamentales, resulta extrapolable la posición de Niño Patiño (2019: 19) afirmando que "la intervención del Tribunal debe orientarse con decisión desde una perspectiva de género, porque en la fenomenología de violencia contra la mujer, como se evidencia en los informes aludidos, ella tiene, por esta misma situación, una condición intrínseca de vulnerabilidad, de manera que, protegerla bajo esa premisa, es lo que mejor le permite una expectativa de igualdad que debe complementarse con medidas específicas". La relevancia social intrínseca a la violencia de género y sexual reconocida por la Jurisprudencia, permite fundamentar un "interés público de género" limitativo del derecho fundamental de protección de datos de los maltratadores y delincuentes sexuales[20].

Paralelamente el artículo 14 de la LTIPBG regula la aplicación de límites al derecho de acceso a información atendiendo a un interés privado superior como puede considerarse el de las víctimas respecto a datos de los agresores. En esta línea, la Agencia Española de Protección de Datos admite que "el derecho de la víctima a protegerse tiene un interés legítimo superior en publicar los hechos que había sufrido como víctima de violencia de género, para evitarlos en un futuro y proteger

[19] *Casi 8 de cada 10 maltratadores presentan trastornos de personalidad. El ochenta por ciento de los hombres que maltratan a las mujeres con las que mantienen una relación sentimental presentan trastornos de personalidad, especialmente, compulsivos, según un estudio realizado sobre 217 agresores sometidos a tratamiento del Instituto de Psicología Jurídica y Forense (PSIMAE) y la Universidad de Navarra*.

[20] En favor del derecho a conocer la identidad de los maltratadores con condena firme por razones de seguridad (Asociación Mujeres Juristas Themis y Federación Mujeres progresistas), por la imposibilidad de conocer posibles antecedentes por maltrato expone a las mujeres a riesgos de convivencia con sus agresores.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

su integridad física"[21]. Resulta justificada y no sancionable, la difusión por redes sociales de la condena que castiga a un maltratador por quebrantar la medida de alejamiento[22].

No obstante, el interés privado superior incluye también el de los menores confiriéndole una protección reforzada en su condición de víctimas pero también como maltratadores; y el de terceros que pueden resultar perjudicados por el acceso o difusión de datos. Este último supuesto se aborda en la STS 25/2021, de 25 de enero planteando que "el artículo de prensa sobre el autor del delito menospreciaba el prestigio y su imagen, pero también la honorabilidad de su familia sometiéndole al escarnio público, al no mencionarse en la misma aspectos favorables como la atenuante de reparación de daños a la víctima".

5. El derecho al olvido desde una perspectiva de género

El derecho al olvido aplicable a las búsquedas de internet o redes sociales se basa en el derecho a la protección de datos (artículo 18.4 de la Constitución) y el derecho a la supresión de datos (artículo 17 del Reglamento General de la Protección de Datos de la Unión Europea, los artículos 93 y 94 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales).

En este derecho fundamental "derivado" confluyen intereses que pueden ser contrapuestos o bien convergentes como el de la libertad de empresa, libertad de información, protección de datos e intimidad de víctima y maltratador o delincuente sexual[23] . En el caso de que no resulten lesivos entre sí o recíprocamente, justificarían ser dignos de protección sin cuestionarse desde un punto de vista constitucional.

No obstante, el derecho al olvido plantea cuestiones complejas como las excepciones subjetivas de maltratadores y delincuentes sexuales, los límites para la protección de las víctimas, los fines legítimos de la supresión de información de hechos delictivos, el conflicto entre el derecho fundamental de protección de datos, la libertad de información y el interés privado de las mujeres, los efectos para la sociedad y las víctimas. Paralelamente la contextualización del derecho al olvido en la relación penal cuestiona la traslación de la jurisprudencia general.

En principio, se reconoce "a toda persona sin exclusión respecto del enlace a la información y los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por

[21] Puede accederse a la Resolución a través del enlace: Resolución del expediente Nº E/01849/2018. *El Tribunal Constitucional indicó que el derecho a ser informado sólo cubre el derecho a serlo sobre lo que es de interés público (STC 107/1988).*

[22] La AEPD acude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar que *la conducta de la víctima que difundió la condena estaba justificada por perseguir un interés superior y es legítima la publicación de datos.*

[23] En la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 2014 (sentencia Google-España), favorable a la eliminación de resultados de búsqueda de información obsoleta, se ponderó "entre el derecho al respeto de la vida privada y la protección de los datos personales por parte del interesado, con la libertad empresarial del operador del buscador por el otro".

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

servicios de redes sociales y de la sociedad de la información equivalentes, siempre que fueran inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información" [24]. El artículo 94 de la LOPDGDD dispone que "toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado él o un tercero para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes".

Ahora bien, la veracidad de la información se subordina a criterios subjetivos como la inadecuación, pertinencia, exceso y a las circunstancias personales invocadas por el afectado para la prevalencia de su derecho al olvido. Pero el recurso a estos argumentos jurídicos se cuestiona en el caso de delincuentes sexuales y de género con base en las dudas sobre el control íntegro de sus datos en el contexto de una relación jurídica bilateral con las víctimas, y la oposición de éstas a su borrado.

En principio, el legislador no establece excepciones subjetivas ni condiciona el ejercicio del derecho al olvido por conflicto entre sujetos con desigual nivel de protección por sus diferentes roles jurídicos. Aunque la equiparación de ambas partes en la ponderación constitucional entre sus respectivos derechos fundamentales, adolece de perspectiva de género en los delitos sexuales y maltrato.

El derecho a la protección de datos, honor, intimidad o imagen de los delincuentes sexuales o de género resulta afectado por la condena o implicación en hechos socialmente reprobables[25]. En consecuencia, la transcendencia y relevancia social de estos delitos obstaculizarían la interpretación pro libertate del derecho al olvido en beneficio de maltratadores, acosadores, violadores o feminicidas. La protección reforzada de mujeres y víctimas frente al derecho al olvido y supresión de datos se ampara en la proyección pública que adquiere el agresor, similar a la prevista en la jurisprudencia para los personajes públicos.

Según Guichot Reina, (2019, 90) "resulta comprensible…la prevalencia del derecho a la protección de datos, salvo que se demuestre que por las circunstancias del caso acceder a la información por criterios personales contribuya actualmente a ese objetivo de posibilitar el debate democrático antes citado (en particular, porque se trate de información de personas que desempeñan o han desempeñado un papel relevante en la sociedad) o a otros valores constitucionales (como la seguridad jurídica)".

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales de mujeres y víctimas puede justificarse la denegación del derecho al olvido de maltratadores y delincuentes

[24] El artículo 17 Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) señala que "toda persona tiene el derecho fundamental a la supresión de los datos personales que le conciernen".

[25] La sentencia del Tribunal de Roma de 15 de mayo de 1995 ('Dir. Informática', 1996, 422), afirma que la nueva publicación, después de treinta años, de un hecho delictivo, con fines promocionales, constituye una difamación y obliga a la sociedad editora del periódico a resarcir el daño moral ocasionado, al tratarse de una información carente de interés público.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

cuya reputación digital aparece públicamente afectada. El control y disposición de sus datos personales (nombre, apellidos, fecha de nacimiento, dirección postal o de correo electrónico, número de identificación fiscal, la huella digital, el número de matrícula del coche, una fotografía, el número de seguridad social, etc.), se resiente por la implicación en hechos delictivos.

En esta línea la SAN de 21 de junio de 2019 cuestiona que "aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículo a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, posicionando a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones". También la SAN de 21 de mayo de 2021 se basa en la exposición pública y profesión por la comisión de supuestos abusos sexuales como psicólogo. De modo que la autodeterminación informativa del individuo no le corresponde en exclusividad cuando procede de una relación jurídica procesal penal con la víctima, que también puede ostentar un derecho de control de la información.

En el derecho al olvido puede confluir el interés público derivado de los delitos sexuales según la jurisprudencia, con el interés privado de mujeres y víctimas contrario al borrado o supresión de datos de los agresores. Esta convergencia contribuye a fortalecer la defensa de los respectivos derechos fundamentales (libertad de información y seguridad e integridad de las víctimas reales y potenciales), frente al interés privado de los delincuentes sexuales o de género en el olvido. No obstante, el sesgo informativo entre mujeres y medios de comunicación en el acceso y publicidad de datos relativos a delincuentes sexuales o maltratadores puede afectar negativamente la legitimación de las víctimas para oponerse al derecho de olvido de sus agresores.

Aunque el conflicto entre derechos fundamentales (a información, seguridad, integridad) y el derecho al olvido, exige la ponderación de todos los intereses en juego y de los bienes constitucionalmente protegidos[26].

Según la STJUE de 13 de mayo de 2014 debe analizarse la naturaleza de la información controvertida, su antigüedad y carácter sensible para la vida privada de la persona afectada, así como el interés del público en disponer de esta información (que «incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente») y que no solamente puede existir cuando la persona desempeñe en la vida pública, aunque este sea el único caso que cita la sentencia (Torres Manrique, 2017:227).

La coincidencia del interés privado de mujeres y víctimas con el periodístico a la libertad de información, unido a la prioridad de este derecho fundamental clave del sistema democrático, refuerza la limitación o excepción del derecho al olvido. En particular, la opinión pública y los internautas aparecen constitucionalmente protegidos por el derecho fundamental a la libertad de información, pero también

[26] La STSJUE de 13 de mayo de 2014 requiere que se analice, en cada solicitud de un afectado, si el interés de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión debe prevalecer sobre los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales del afectado.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

por la jurisprudencia sobre la transcendencia pública del género. La presunción de interés público y relevancia social de los delitos sexuales y violencia de género contribuyen a justificar la privación del derecho al autor de los mismos.

No obstante, el interés de las víctimas en la supresión de datos del delito y de su autor, puede resultar coincidente con el derecho al olvido de este último. Las víctimas también pueden tener interés en eliminar el vínculo en un artículo de periódico sobre violencia sexual o de género con base al daño moral o psicológico que puede causarle la pervivencia de la noticia en internet (síndrome de la "hipertimesia o hipermnésico"). La Propuesta para una Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la rápida eliminación del material de internet a petición de la víctima mediante ordenes vinculantes dirigidas a los prestadores de servicios (artículo 25).

La conflictividad entre derechos fundamentales se resuelve mediante la ponderación de criterios como necesidad y fines, interés público, temporalidad y proporcionalidad en cada caso concreto. Su aplicación como límites recíprocos de la libertad de información y el derecho a la supresión de datos se desarrolla por la jurisprudencia atendiendo a la casuística[27].

Respecto a la necesidad de los datos en relación a los fines para los que se hubiesen recogido, la denegación del derecho al olvido se justificaría cuando "sigan siendo necesarios para la consecución de los fines para los que fueron recabados (protección a las víctimas y prevención de infracciones penales relacionadas con violencia de género), o cuando haya habido cualquier reiteración, reincidencia o quebrantamiento de las medidas judiciales o las penas". En esta línea, el artículo 22 de la LOPD 15/1999 dispone que "los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento…con la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad".

En cuanto al interés público, la STJUE de 13 de mayo de 201 sostiene que "la injerencia en los derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante del público en tener, a raíz de esa inclusión, acceso a la información de que se trate. En concreto por el interés legítimo de los internautas en tener acceso a dicha información, que ha sido publicada en la prensa local".

A nivel nacional, también el Tribunal Supremo (STS 4016/2020, de 27 de noviembre) reconoce el derecho al olvido "cuando la información carezca de interés público y pueda considerarse obsoleta, siempre que menoscabe el derecho al honor, a la intimidad, o a la propia imagen del interesado". De igual modo la Agencia Española

[27] La doctrina jurisprudencial para la primacía de la libertad de información exige que sea veraz, referida a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o ambas y que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

de Protección de Datos también fundamenta el derecho al olvido en el interés público, protegiendo la libertad de expresión sobre la información pública de un ilícito penal frente al derecho de protección de datos[28]. La AEPD sostiene que si un medio publica datos de un acusado por violencia de género no está vulnerando sus derechos ni la publicación por la víctima considerándola necesaria para la interesada, que tenía interés legítimo en denunciar públicamente "los hechos graves que ha sufrido personalmente, con la intención de evitar que puedan repetirse en el futuro y proteger su integridad física" (Expediente Nº: TD/00277/2020 Resolución Nº: R/00250/2021).

El interés público "se interpreta en el sentido de formación de la opinión pública, siempre que la transmisión de la noticia o información no sobrepase el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, y siempre que la información transmitida sea veraz".

En cuanto a la ponderación del tiempo, con carácter general resulta aplicable la Ley 27 de abril 2015, del Estatuto de la Víctima sobre la permanencia del derecho de información durante el tiempo adecuado después de la conclusión del procedimiento y con independencia del resultado del proceso. Al respecto, el Tribunal Constitucional aplica el criterio de la antigüedad al derecho al olvido con exclusión de los personajes públicos (SSTC 58/2018 y 89/2022, 29 de junio) [29]. Se fundamenta este criterio "en el agotamiento temporal de los efectos informativos penales (cancelación de los antecedentes), la perdurabilidad de los efectos informativos sociales (R/1509/2009, de 11 de septiembre de 2009) y la edad del reclamante".

El TS faculta a la persona interesada a exigir la eliminación de datos sobre su identidad cuando la difusión de dicha información, relativa a su persona, menoscabe el derecho al honor, a la intimidad, o a la propia imagen del interesado, y carezca de interés público, y pueda considerarse, por el transcurso del tiempo, obsoleta, en los términos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo".

El tiempo para la obsolescencia de la información según la AEPD se concreta en torno a cinco años (R/1509/2009), siendo insuficientes dos años (R/273/2010). Aunque admite que una concreta situación personal no podrá fundarse en un mero cómputo temporal sino que requerirá su asociación a otras circunstancias que doten de sentido al transcurso del tiempo como elemento determinante del derecho al olvido.

[28] También la Resolución 962/2010 se basa en el reconocimiento constitucional de una posición prevalente de la libertad de expresión sobre una información veraz de relevancia pública que obliga a rechazar la demanda de oposición, pero la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales invita a explorar técnicas que posibiliten su conciliación.

[29] El TC establece que aquellos medios de comunicación que permitan buscar en sus hemerotecas digitales por nombres propios pueden vulnerar este derecho al olvido de las personas afectadas cuando ésta esté obsoleta y carezca de interés público.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

"En los últimos años se han aumentado los plazos para la cancelación de los antecedentes penales. La LO 1/2015, amplió el plazo de cinco a diez años para las penas graves. A este incremento previsto en el código penal, se le suma el plazo de cancelación excepcional de 30 años para los delitos, inscritos en el Registro de Delitos de Naturaleza Sexual, cometidos por parte de un agresor mayor de edad sobre una víctima menor de edad, con independencia de la severidad de la pena. Por lo que la tendencia legal a la prolongación del tiempo para cancelar delitos sexuales ha de influir necesariamente en los plazos del derecho al olvido. Es importante considerar no solo el tradicional concepto de antecedentes penales, sino también cualquier inscripción en un registro del sistema penal; es conveniente investigar empíricamente las sanciones adicionales de las condenas que esta información conlleva; y por último, es necesario flexibilizar los criterios temporales de cancelación de los antecedentes penales y determinar de forma más precisa la cancelación de los antecedentes policiales" (Larrauri, 2020: 2).

Sin embargo, los factores referidos como fines, interés público y tiempo transcurrido, deben contextualizarse y ponderarse de modo casuístico[30]. Según el Tribunal Supremo "la cancelación de datos estará justificada cuando las circunstancias de cada caso concreto así lo determinen "ya sea por la naturaleza de la información, por su carácter sensible para la vida privada del afectado, por la no necesidad de los datos en relación con los fines para los que se recogieron o por el tiempo transcurrido, entre otras razones"[31]. Para apreciar la vulneración de derechos fundamentales debe contextualizarse a la persona solicitante del derecho al olvido y su trayectoria personal y profesional (STS 1707/2022, de 27 de abril). En última instancia, la implicación en delitos sexuales puede fundamentar la desestimación del derecho al olvido sin necesidad de estar condenado y pese a la absolución en el procedimiento, por el impacto prolongado en las mujeres y víctimas (SAN 17 septiembre 2020)[32]. La AEPD no admite actualmente la solicitud del derecho al olvido de los datos de maltratadores por razones de interés público[33].

La aplicación de la perspectiva de género al derecho al olvido de maltratadores y delincuentes sexuales contribuye a fundamentar un interés público reforzado por tratarse no sólo de hechos de relevancia penal, sino de relevancia social por la problemática y preocupación social en la actualidad; como también a la descarga

[30] La Sentencia de la Corte de Apelación de Montpellier, de 8 de abril de 1997 ('Legipresse', 1997, n. 151, I-52), observa que el derecho al olvido no puede ser reconocido de manera absoluta, siendo el juez quien, en atención a las circunstancias del caso, debe determinar su alcance, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, el tiempo pasado desde su comisión y el esfuerzo de las personas condenadas, desde el momento en que, al haber purgado su pena, pueden oponerse legítimamente al recuerdo de su pasado, si dicho recuerdo no responde a ninguna necesidad de orden ético, histórico o científico (De Verda y Beamonte, J., Breves reflexiones sobre el llamado derecho al olvido).

[31] Conforme a la sentencia del Tribunal Alemán de Justicia (2020) prevalece el derecho a la información del público, sin restricción automática a la libertad de información pues depende del caso.

[32] Aunque la citada SAN ordena colocar en primer lugar la información sobre la absolución que puso fin al procedimiento penal.

[33] La AEPD dispone un canal para la protección del derecho al olvido de las víctimas de violencia de género con objeto de retirar contenidos que afectan a su vida privada.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

probatoria de la víctima en relación no sólo en cuanto al interés público sino respecto a la exigencia de veracidad.

6. Desinformación y responsabilidad del Estado

En la actualidad, el régimen jurídico de tutela de las víctimas de violencia sexual y de género permanece incompleto por la imprevisión de responsabilidad pública y sólo puede integrarse a través de la jurisprudencia.

Con carácter general, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, es necesario que concurran los siguientes requisitos: "hecho imputable a la Administración, lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; relación de causalidad entre hecho y perjuicio; sin concurrir fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad; y que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa" (STS de 19 de febrero de 2016 y 5 de diciembre de 2014)[34].

Con base en estos presupuestos, resulta viable la exigibilidad de responsabilidad pública por daños derivados de desinformación imputable al funcionamiento anormal de la Administración, como la falta de diligencia, errores, incumplimientos con resultado de muerte o lesiones. El Estado tiene un deber de información y derivadamente una responsabilidad por incumplimiento en los casos de negligencia, denegación, error ("Pérez de la Ossa, 2022:2). Como consecuencia de la denegación de acceso a información pública, la falta de notificación o aviso a mujeres y víctimas, pueden producirse daños, lesiones o muerte. La demostración de la relación de causalidad entre la desinformación desde las administraciones y el perjuicio puede determinar una responsabilidad pública exigible.

En particular, la ocultación de información a víctimas potenciales o reales y fallos en el sistema de comunicación especialmente en situación de riesgo, pueden vulnerar sus derechos fundamentales. El artículo 18 de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, señala que "sin perjuicio de los derechos de defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad

[34] El artículo 106.2 de la Constitución garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas «por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», en los términos establecidos por la ley. El actual artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública correspondiente de toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

de las víctimas" (Córdoba, 2022: 181). El CEDAW (Recomendación de 2017) señala la responsabilidad estatal frente a acciones y omisiones, en la esfera pública y en la privada, por no adoptar todas las medidas necesarias para "prevenir los actos de violencia por razón de género contra las mujeres, en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia. El Estado con frecuencia puede incurrir en responsabilidad no sólo por culpa "in vigilando", sino por incumplimiento de la "diligencia debida".

La responsabilidad pública también puede aplicarse a conductas revictimizantes como la desinformación durante el proceso o sobre la situación penitenciaria del agresor y el daño que causan a las víctimas, incluso vulnerando sus derechos fundamentales. La victimización secundaria puede generar una violencia adicional a la que han padecido las víctimas con anterioridad, agravando su indefensión. La responsabilidad pública puede derivar de hechos revictimizantes como difundir la identidad, imagen, intimidad de la víctima, "en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia", y faculta a los jueces para "acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas" (STS 14 de noviembre 2016).

El propio artículo 24 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) dispone que "si hay que tratar datos de una mujer víctima de violencia de género o de su pareja, no se debería informar porque se trata de preservar el derecho a la integridad física de esa persona, a parte de la propia tutela judicial efectiva.

La posible excepción al régimen de responsabilidad pública por desinformación deriva de los daños causados por renuncia de las víctimas a ser informadas de las resoluciones (artículo 7.2 Estatuto de las Víctimas). Aunque el Tribunal Supremo en acuerdo del pleno de fecha 25 de noviembre de 2008 reconoce que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP", y en consecuencia tampoco debería eximir de responsabilidad pública.

La relación de causalidad entre la negligencia, errores, omisiones que inducen o generan desinformación y los daños a mujeres y víctimas, justifica la responsabilidad administrativa o judicial. En concreto "debe considerarse la previsibilidad del evento y la ausencia de medidas precautorias por parte de la Administración, para apreciar la existencia de un nexo causal entre el fatal desenlace y la omisión de las autoridades y funcionarios que no desenvolvieron la diligencia exigible para evitar un resultado predecible" (STS 4 de mayo de 1999, de 18 de julio de 2002 (casación 1710/98). No obstante, la STS de 21 de marzo de 2007 aunque señala que "corresponderá a la parte recurrente" relaja este requisito con la aplicación por el juzgador de la perspectiva de género en la violencia contra la mujer; y la inversión de la carga de la prueba en contra del Estado como demandado (artículo 30 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación)[35].

[35] En base al Artículo 13 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

En este sentido, la SAN 2350/2020, de 30 de septiembre de 2020 considera acreditado "el nexo causal existente con el funcionamiento anormal de la Administración, plasmado en el informe de bajo riesgo que no apreció todos los indicadores que ponían de manifiesto el peligro que corría la fallecida, y que eran evidentes. Por tanto, concurren los requisitos recogidos en las Leyes 39 y 40/2015 para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración". Para Fernández Nieto (2020:15) "es indudable que no se apreció el riesgo que existía que hubiese podido prever o evitar el asesinato, por lo que incumbe al Ministerio del Interior la reparación de los daños causados, en este caso, por el funcionamiento de los servicios policiales".

Respecto del carácter objetivo de esta responsabilidad, no supone que la Administración responda de todas las lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso para ello que la lesión pueda imputarse al funcionamiento del servicio (STS de 8 de noviembre de 2010). Si bien la Sentencia en el asunto C-129/19 Presidenza del Consiglio dei Ministri/BV, "los Estados miembros deben conceder una indemnización a todas las víctimas de delitos dolosos violentos, incluidas las que residen en su propio territorio. La indemnización no debe cubrir la reparación íntegra de los daños, pero su importe no puede ser puramente simbólico".

En definitiva, la desinformación, denegación de solicitud de información, el derecho al olvido, la supresión de información determinante de un daño a las víctimas, los perjuicios por omisión de datos, pueden generar responsabilidad por parte de los poderes públicos.

7. Conclusiones

La desinformación de las mujeres como causa de desprotección y revictimización fundamenta el desarrollo de la transparencia de género, especialmente en los delitos de maltrato y violencia sexual. El reconocimiento de un derecho subjetivo, individual y adaptativo de información según las necesidades y el interés de las víctimas responde al riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales (vida, integridad, seguridad, libertad…). La perspectiva de género como recurso metodológico y de análisis, justifica una interpretación amplia y *pro libertate* de la titularidad del derecho y del objeto accesible a la información. La dimensión constitucional de la información influye en un concepto amplio de víctimas (reales y potenciales en situación de riesgo) y también de maltratadores (sin condena, reincidentes, no rehabilitados); y en la superación del plano de la legalidad ordinaria en cuanto a la apertura de datos y documentación en poder de la Administración (Registros, sentencias…), para la tutela de mujeres y víctimas con fines preventivos.

actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

La equiparación jurídica de víctimas y agresores respecto a información y derecho al olvido resulta insostenible desde una perspectiva de género y vulnerabilidad, en el marco de la relación procesal-penal. Los conflictos entre los derechos fundamentales de mujeres (seguridad, libertad, integridad…) y delincuentes (protección de datos, intimidad, presunción de inocencia…), deben ponderarse con base a la incipiente jurisprudencia sobre el interés público intrínseco al maltrato y violencia sexual.

La omisión, denegación, errores o fallos en la información sobre infractores, maltratadores y agresores sexuales, así como la desinformación de mujeres en situación de peligro (por falta de avisos, alertas públicas…) como causa de daños, muerte, lesiones o revictimización, implica la responsabilidad del Estado. La demostración de la relación causa-efecto desde una perspectiva de género argumenta la inversión de la carga de la prueba sobre los poderes públicos y en favor de la víctima.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

Bibliografía

ARTEMI RALLO, L. 2014. *El derecho al olvido en el tiempo de internet: la experiencia española.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BENÍTEZ EYZAGUIRRE, L. 2019. "Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género", disponible en *DOI: https://doi.org/10.5209/esmp.66989*.

CÓRDOBA, C.R. 2022. "La Victimización Secundaria en la Violencia Sexual. Análisis de la victimización secundaria en casos de abusos y agresiones sexuales y sexting", *Ehquidad*, núm. 17: 179-210.

DELGADO-MORALES, F. 2018. "Derecho de acceso y brecha de género", *Revista Española de la Transparencia,* núm. 6:19-27.

FARALDO CABANA, P. 2006. "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género", *Revista penal*, núm. 17: 72-94.

FERNÁNDEZ NIETO, J. 2020. "Responsabilidad de la administración de justicia y violencia de género: la asignatura pendiente del estado. Comentario a la Sentencia AN Sala Sección 5 del Contencioso-Administrativo 2187/2019 de 30 de septiembre", disponible en *https://elderecho.com › responsabilidad-de-la-administr.:* 1-27.

GAMA, R. 2020. "Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico", Quaestio facti. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* nº 1: 285-298.

GUICHOT REINA, E. 2019. "El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español", *Revista de Administración Pública*, núm. 209: 45-92.

GÓMEZ COLOMER, J. 2017. "La victimización secundaria de la mujer que ha sufrido acoso sexual, acoso laboral o tratos vejatorios y degradantes, a cargo de su superior jerárquico funcionario público, en el procedimiento administrativo sancionador", *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, núm. 2: 1-25.

LARRAURI PIJOAN, E. 2021. "¿Es legítima la difusión de la identidad del agresor condenado? A propósito de la STS 25/2021 de 25 de enero", *Indret,* 2: 9-11.

MANTILLA FALCÓN, J. 2016. "Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario", *Vox Juris,* 32 (2): 117-125.

MANZANERO JIMÉNEZ Y PÉREZ GARCÍA-FERRERÍA. 2015. "Sobre el derecho al olvido digital: una solución al conflicto entre la libertad de información y el derecho de protección de datos personales en los motores de búsqueda", *RJUAM*, núm. 32, II: 249-258.

MATURANA, P. 2019. "Juzgar con perspectiva de género: Fundamentos y análisis de sentencias", *Anuario de Derechos Humanos,* Vol. 15, núm. 2: 279-290.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

NIÑO PATIÑO, N. 2019. "Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial", *Revista Temas Socio Jurídicos*, Vol. 38, núm. 77 Julio – Diciembre: 11-28.

OSBORNE/ MOLINA PETIT. 2008. "Evolución del concepto de género", *Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, núm. 15: 148-182.

PÉREZ DE LA OSSA, A. 2022. "La responsabilidad de la Administración frente a anomalías en la valoración objetiva del riesgo de las víctimas de violencia de género", disponible en *https://interjuez.es › 2022/07/14*

POYATOS I MATAS, G. 2019. "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", *Revista de Género e Igualdad*, núm. 2: 1-21.

SALAZAR BENÍTEZ, O. 2021. "La necesaria perspectiva feminista en la enseñanza, interpretación y aplicación del Derecho", *Investigaciones feministas*, Vol. 12, núm. 2:359-369.

SIERRA RODRÍGUEZ, J. 2021. *El ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en Fundamentos de la Transparencia, aspectos políticos y perspectiva internacional* (Coords. Sánchez de Diego/Salvador Martínez/Jove Villares), Foros y Debates, CEPC.

TORRES MANRIQUE, J. 2017. "Analizando el derecho fundamental al olvido a propósito de su reciente reconocimiento y evolución", *Revista Misión Jurídica*, Vol. 10, núm. 13/ Julio – Diciembre: 209 –231.

VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A. 2022. "La responsabilidad de la Administración frente a anomalías en la valoración objetiva del riesgo de las víctimas de violencia de género", *In iudicando*, disponible en *https://interjuez.es › 2022/07/14 ›*

VILLANUEVA FLORES, R. 1997. "Análisis del Derecho y perspectiva de género", *Derecho PUCP:* 485-518.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
El derecho a la transparencia desde una perspectiva…
por Catalina Ruíz-Rico Ruíz
Págs. 65-93
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.293

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en el deslinde de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas tras la reciente doctrina del TS

Manuel M. Contreras Ortiz[1]
Funcionario del Cuerpo de Letrados de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia España

ORCID: 0000-0001-9981-6867

RECIBIDO: 26 de octubre de 2022
ACEPTADO: 25 de noviembre de 2022

RESUMEN: Aunque la doctrina del TC sobre la cláusula de supletoriedad del derecho estatal del artículo 149.3 CE no está exenta de crítica, su orientación puede considerarse estable y aclarada desde las conocidas Sentencias 118/1996 y 61/1997, que se decantaron definitivamente por considerarla una norma ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la CE. No obstante, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 422/2022, que sirve de apoyo a este análisis, se separa de los criterios jurisprudenciales del TC y realiza una aplicación supletoria de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que es básica, integrando una presunta laguna de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Esta aplicación supletoria de la ley básica produce, además, el efecto de modificar el régimen jurídico de la transparencia de las corporaciones locales de la Región de Murcia, que es parcialmente competencia autonómica, y modifica también el régimen del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, materia que es de la exclusiva competencia autonómica sobre autoorganización.

PALABRAS CLAVE: supletoriedad, ley de bases, derecho de acceso, corporaciones locales, autoorganización.

[1] Funcionario del Cuerpo de Letrados de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Desde 1998 Letrado-Secretario General del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Autor de colaboraciones y artículos en distintas publicaciones de derecho público.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

CONTENIDOS: 1.- Introducción: una sentencia disruptiva sobre la doctrina de la supletoriedad del derecho estatal. — 2.- Itinerario de la controversia y consecuencias del fallo. — *2.1.- Planteamiento de la STSJRM: compatibilidad entre la LTAIBG y la LTRM. — 2.2.- El TS fija doctrina en contra de la tesis del TSJRM en un giro radical. 2.3.- La doctrina fijada supone modificar la LTRM.* — 3.- Una perspectiva perturbadora de la relación bases-desarrollo que une a la LTAIBG con la LTRM: ¿aplicación supletoria de una norma básica? — 4.- Una doctrina discorde con la del TC en cuanto a la competencia autonómica sobre autoorganización: el caso análogo de la STC 68/2021. — 5.- Interpretación de los artículos 23 y 24 y Disposición adicional cuarta de la LTAIBG en su cualidad de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas: competencia del CTBG. — 6.- Una reflexión sobre el contexto jurisprudencial de la Sentencia, sus efectos, y su desautorización por la misma Sala y sección en la sentencia de 2 de junio de 2022. — 7.- Conclusiones. - Bibliografía.

The problematic supplementary application of Law 19/2013, of December 9, in the demarcation of powers between the State and the Autonomous Communities after the recent doctrine of the TS

ABSTRACT: Although the doctrine of the Tribunal Constitucional on the supplementary clause of the state law of article 149.3 EC is not exempt from criticism, its orientation can be considered stable and clarified since the well-known Judgments 118/1996 and 61/1997, which definitively opted for considering it a norm ordering the application of the rules in the composite State set up by the EC. However, the STS, Contentious-Administrative Chamber, no. 422/2022, which supports this analysis, separates from the jurisprudential criteria of the TC and makes a supplementary application of Law 19/2013, of December 9, on transparency, access to public information and good governance, which it is basic, integrating an alleged gap in Law 12/2014, of December 16, on Transparency and Citizen Participation of the Autonomous Community of the Region of Murcia. This supplementary application of the basic law also produces the effect of modifying the legal regime of transparency of local corporations in the Region of Murcia, which is partially autonomous competence, and also modifies the regime of the Transparency Council of the Region of Murcia, matter that is of the exclusive autonomous competence on self-organization

KEYWORDS: supplementary, basic law, right of access, local corporations, self-organization.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

1.- Introducción: una sentencia disruptiva sobre la doctrina de la supletoriedad del derecho estatal

La llamada cláusula de supletoriedad del derecho estatal recogida por el artículo 149.3 CE ha sido objeto de muy señalados debates doctrinales en torno a su función en el sistema de reparto de competencias entre el estado y las comunidades autónomas, habiéndose consolidado la orientación que le niega la cualidad de significar la atribución de una competencia indiscriminada a favor del Estado, al margen del reparto de competencias que la CE y los estatutos de autonomía realizan[2].

Aunque esta posición del TC no está exenta de profunda crítica[3], al día de hoy no puede considerarse que haya dudas sobre la tendencia de la jurisprudencia constitucional, marcada por las Sentencias 118/1996 y 61/1997. Ya antes de ellas, un grupo de sentencias entre las que se encuentran las 15/1989 y 103/1989, habían adelantado que la regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 C.E., en manera alguna constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado, aunque admitían que éste emitiese normativa supletoria si tenía algún título especial para ello o si las comunidades no habían asumido homogéneamente una materia. En tal línea, la STC 147/1991 avanzó una doctrina fundamental que después asumirían las posteriores, y es que son nulas por vicio de incompetencia las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas.

Las mencionadas Sentencias 118/1996 y 61/1997, decisivas en el desarrollo de esta doctrina, consolidaron con rotundidad como una línea de criterio estable que la regla de supletoriedad del derecho estatal no constituye una cláusula universal atributiva de competencias a favor del Estado para legislar sobre cualesquiera materias porque no es una norma competencial sino meramente ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la CE. Por tanto, el artículo 149.3 CE no atribuye al Estado competencia alguna.

La particular STC 195/1998 se mantiene en esa línea doctrinal, aunque permite como excepción que el aplicador del Derecho autonómico pueda evitar un vacío normativo en tal ordenamiento autonómico mediante la aplicación de una norma estatal de la que el Estado no tiene competencia alguna, si bien con carácter

[2] Muñoz Machado, 2015: 270 a 274.

[3] García de Enterría, 2006: 357 a 361.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

provisional en tanto la comunidad no ejerza efectivamente sus competencias[4]. Se han señalado otras posibilidades que permiten al derecho estatal salir al paso de una situación apremiante que requiera evitar ciertos vacíos normativos, y se permite igualmente un uso moderado de la supletoriedad para la ejecución del Derecho europeo. Como colofón de todo ello se manifiesta por la doctrina que la supletoriedad del Derecho estatal resulta intrínsecamente delimitable por el contexto en el que se manifiesta un silencio normativo frente a la necesidad objetiva de su regulación jurídica; y especialmente con ocasión de un proceso judicial en el que la controversia jurídica dependa precisamente de ello[5].

La reciente STC 68/2021 reitera la tendencia marcada esencialmente por las citadas Sentencias 118/1996 y 61/1997 afirmando que tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dárselo, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias.

De toda esa rica doctrina es posible extraer sintéticamente las siguientes consecuencias: a) Que la supletoriedad es de ordenamientos, no de leyes; b) que es una técnica de aplicación del derecho para la integración del ordenamiento jurídico; y c) que no es posible acudir a la supletoriedad si todas las Comunidades Autónomas tienen atribuido el mismo título competencial de forma exclusiva.

Por tanto, ser consecuente con esta argumentación supone, al abordar una posible aplicación supletoria de la norma estatal, comprobar, en primer lugar, la condición de auténtica laguna o vacío de regulación en el ordenamiento autonómico que deje como consecuencia una situación conflictiva para la que se carezca de regla aplicable y que no sea, por tanto, una mera ausencia de normativa carente de transcendencia; en segundo lugar, la incapacidad de las técnicas de autointegración del ordenamiento autonómico para colmar el vacío; para, finalmente, localizar el sector del ordenamiento estatal que regula la materia objeto de la laguna, que debiera, en su caso, acomodarse a los principios propios del Derecho autonómico.

Con carácter general desde un punto de vista teórico y práctico puede afirmarse, y en esto se insiste, que una laguna de ley no es una mera ausencia de regulación, y

[4].Se trataba de un caso muy singular en el que se podría provocar una desprotección medioambiental generando graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego. Por ello, no se declaró la inmediata nulidad de la Ley estatal impugnada, quedando diferidos sus efectos para el momento en que la Comunidad Autónoma dictase la pertinente disposición declarando espacio natural protegido al ámbito territorial delimitado en aquélla.

[5] Sánchez Barrilao, 2004: 266.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

menos de una concreta y específica regla, ya que la completitud del ordenamiento hace que siempre pueda encontrarse una decisión que proceda del derecho, aunque sea la de que el propio silencio es la solución que el derecho contempla[6]. Una laguna sería, según el Diccionario del Español Jurídico, la inexistencia de regulación para un supuesto de hecho que no ha sido contemplado por el ordenamiento, ausencia de regulación que no estaría de acuerdo con el sentido y finalidad del conjunto normativo.

La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección tercera, núm. 422/2022, de 2 de abril (re.cas. 3060/2020), objeto central de este análisis jurídico (en adelante, la Sentencia) se separa de los criterios antedichos y realiza una aplicación supletoria de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), que es básica, integrando una presunta laguna de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de transparencia y participación ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LTRM), en los términos que más adelante se exponen.

Más allá de resolver una controversia concreta, el interés de analizar la Sentencia reside en que la doctrina que fija y los fundamentos que la apoyan causan perplejidad al separarse de la doctrina constitucional en temas tan centrales del ordenamiento constitucional y del reparto del poder territorial como la cláusula de supletoriedad del derecho estatal del artículo 149.3 CE, el alcance de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.118ª CE) y la autoorganización como materia competencial inherente a las comunidades autónomas. De ahí el valor de su examen, pues puede ayudar a esclarecer la situación que se crea en el ámbito de las administraciones públicas, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de la LTAIBG en cuanto ley de bases en relación a las normas autonómicas de desarrollo.

2.- Itinerario de la controversia y consecuencias del fallo

La Sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por un sindicato contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de febrero de 2020 (en adelante STSJRM), dictada en el recurso contencioso administrativo 694/18, que, a su vez, se interpuso contra la resolución del Presidente del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia (CTRM) de 18 de julio de 2018, que inadmitió por falta de

[6] Véase al respecto la STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021, F.J. 9.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

competencia y legitimación pasiva una reclamación de acceso a la información pública formulada ante el Ayuntamiento de las Torres de Cotillas (Murcia).

La indicada resolución del CTRM y esta última sentencia acogen, básicamente, las consideraciones del Dictamen 25/2017, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el cual, en respuesta a consulta facultativa formulada por el Consejero de Presidencia, tras constatar que el artículo 5 LTRM no incluye en el ámbito de aplicación de ésta a las corporaciones locales, llegaba a las conclusiones siguientes:

> *"Primera. - Carece el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia de competencia respecto a las Corporaciones Locales de la Región, tanto para resolver las reclamaciones a que se refiere el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, como para controlar el cumplimiento de sus obligaciones en cuanto a publicidad activa.*
>
> *Segunda. - Existe competencia estatutaria para incluir a las Corporaciones Locales en el ámbito subjetivo de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.*
>
> *Tercera. - Está habilitada la Administración regional para suscribir el convenio a que se refiere la Disposición adicional cuarta de la LTAIBG".*

2.1.- Planteamiento de la STSJRM: compatibilidad entre la LTAIBG y la LTRM

El TSJ acogía la argumentación central del Dictamen y de la resolución impugnada, al valorar también que el artículo 5 LTRM omite en el ámbito de aplicación de ésta a las corporaciones locales, añadiendo la Sala en respuesta a las alegaciones de la parte actora que esta falta de competencia para conocer de esa reclamación, que tiene carácter potestativo, no supone en absoluto indefensión o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de la que goza el recurrente, pues frente al silencio del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas pudo interponer recurso potestativo de reposición, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o bien, acudir directamente a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Como contestación a la alegación del recurrente de que nos encontramos ante un caso en que se dan los elementos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, ya que, en su opinión, existe una contradicción entre el precepto básico estatal y el autonómico al no recoger éste dentro de su ámbito de aplicación a las entidades que integran la Administración Local y ser éste el fundamento para inadmitir la reclamación del actor, contesta la sentencia

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

escuetamente y sin más argumentación que *"no considera esta Sala que proceda plantear cuestión de inconstitucionalidad"*.

Recoge la Sala una exposición del marco jurídico regulador de la materia, partiendo del artículo 105 b) CE y de la LTAIBG. Transcribe el párrafo 6 del artículo 24 de ésta ("*"La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley"*) y la Disposición adicional cuarta ("*1. la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas. 2. Las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias"*).

Y añade a continuación:

> *"Sin embargo, es lo cierto que Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, no incluye en su ámbito de aplicación (arts. 5 y 6) a las Corporaciones Locales".*

Lo anterior lleva a la Sala a la conclusión siguiente:

> *"comparte esta Sala el criterio mantenido por la Administración demandada que recoge a su vez el contenido del Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia núm. 25/17. Pues, como indica el mismo, la Administración no tiene más competencias, facultades o atribuciones que las que le hayan sido expresamente atribuidas -de forma genérica o específica- por la ley, ya que, en virtud del principio de legalidad, no cabe la técnica de autoatribución de potestades cuando no están expresamente amparadas en norma legal alguna".*

2.2.- El TS fija doctrina en contra de la tesis del TSJRM en un giro radical

La Sentencia declara haber lugar al recurso de casación y, en consecuencia, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Presidente del CTRM de 18 de julio de 2018, que anula, reconociendo el derecho de acceder a la información pública solicitada.

En el Fundamento Jurídico Cuarto explica que el Tribunal de instancia ha realizado una interpretación aplicativa descontextuada (según dice) del artículo 5 de la LTRM, al no tener en cuenta el carácter básico de los artículos 2, 24 y la disposición adicional

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

cuarta de la LTAIBG, que establecen el ámbito subjetivo de aplicación de las normas reguladoras del derecho de acceso a la información pública, que incluye a la generalidad de todas las Administraciones Públicas, así como el régimen jurídico común referido a los procedimientos de impugnación de las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información pública, que impone un tratamiento uniforme de las solicitudes de información y de las atribuciones que corresponden al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, que deben cohonestarse con las que correspondan a los Organismos independientes de control específicos en materia de transparencia que instituyan las Comunidades Autónomas, en virtud de su potestad de autoorganización.

Además de los textos legales pertinentes, tiene en cuenta la Sentencia la siguiente doctrina:

a) Del TC cita la sentencia 104/2016, de 4 de octubre, en relación con la determinación del título competencial que ostenta el Estado para regular con carácter básico el procedimiento referido al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, que es el del artículo 149.1.18ª CE en cuanto comprende, entre otros extremos, los modos de revisión de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento.

b) También del TC y respecto a la interpretación del alcance de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal establecida en el artículo 149.3 CE, cita la STC 68/2021 de 18 de marzo, según la cual "la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho" (FJ 8). Igualmente se refiere a la STC 61/1997, de 20 de marzo, que en relación con la materia de urbanismo, asumida como competencia exclusiva de las comunidades autónomas, declara que "es evidente que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3, in fine, CE" [FJ 12 c)]".

c) Del Tribunal Supremo, en relación con la coexistencia aplicativa de la regulación sobre transparencia y acceso a la información de la LTAIBG, y la establecida en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y con la legislación específica de las Comunidades Autónomas. Se refiere a la doctrina sentada por la sentencia de esa Sala de 7 de marzo de 2022 (RC 3382/2020), según la cual el hecho de que en la normativa de régimen local exista una regulación específica, en el plano sustantivo y procedimental, del derecho de acceso a la información por parte de los miembros de la Corporación en modo alguno excluye

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

que, con independencia de que se haga uso, o no, del recurso potestativo de reposición contra la resolución que deniegue en todo o en parte el acceso a la información, el interesado pueda formular la reclamación que se regula en el artículo 24 de la citada LTAIBG.

Y, teniendo en cuenta todo ello, la Sentencia fija doctrina relativa a la interpretación del artículo 5 de la LTRM, en los siguientes términos:

> "*El artículo 5 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la norma autonómica, debe integrarse, de conformidad con la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal contenida en el artículo 149.3 de la Constitución, con el artículo 2 de Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de modo que el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia debe conocer de las reclamaciones formuladas contra resoluciones expresas o presuntas denegaciones del derecho de acceso a la información pública dictadas por las Entidades que integran la Administración local radicadas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Murcia, a salvo que la Comunidad Autónoma acuerde mediante ley atribuir la competencia de resolución al Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno estatal, en los términos del apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la citada ley estatal".*

2.3.- La doctrina fijada supone modificar la LTRM

La interpretación de la sentencia produce una modificación de la LTRM en su artículo 5, modificación de trascendencia sustantiva y no consecuente al hecho controvertido en el origen de la litis, que es la competencia del CTRM para conocer de la reclamación de acceso a la información respecto a las corporaciones locales. Es sustantiva porque añade a estas entidades obligaciones sobre publicidad activa que no están comprendidas en la LTAIBG. Así, por ejemplo, el artículo 8 de la primera impone la obligación de nombrar un responsable de publicidad activa respecto al cual la Corporación Local garantizará su independencia e indemnidad; el 37 impone también la obligación de atribuir a un órgano de la estructura de la Corporación Local las funciones de promoción y difusión de la transparencia y publicidad activa, así como las de recibir, tramitar y resolver las solicitudes de acceso a la información, con la especificación de tales funciones que se hace en el párrafo 3; el artículo 13.2 impone la obligación de publicar información sobre recursos humanos en términos mucho más amplios y prolijos que la LTAIBG (que solo se refiere a la autorización de compatibilidades, art. 8.1,g); el artículo 14 también impone la publicidad de información sobre altos cargos en términos mucho más amplios y detallados que el artículo 8.1,f, de la LTAIBG. En fin, el contenido de la información sujeta a publicidad activa es también más amplio en otras materias, como contratos y convenios (art. 17),

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

subvenciones (art. 18), e información presupuestaria, económico-financiera, patrimonial y de ordenación del territorio y medio ambiente (art. 19). Además, se impone que toda esa información se actualice trimestralmente con carácter general y mensualmente la relativa a recursos humanos, aunque si se produjese una modificación la actualización ha de ser inmediata (art. 9.5 y 9.6).

Es decir, da lugar a un incremento de las obligaciones de las administraciones locales de la Región de Murcia que no están previstas en la literalidad de la norma, con independencia de las razones a que tal omisión obedezca, que pueden ser legítimas en términos de reparto de competencias, como se va a exponer.

3.- Una perspectiva perturbadora de la relación bases-desarrollo que une a la LTAIBG con la LTRM: ¿aplicación supletoria de una norma básica?

La LTAIBG y la LTRM están en una relación ya conocida en nuestro ordenamiento constitucional de fuentes de las CCAA como de bases-desarrollo, ya que, como la propia LTAIBG indica, se aprueba en ejercicio de las competencias estatales del artículo 149.1.1.ª, 149.1.13.ª y 149.1.18.ª de la CE. En virtud de esa relación competencial *"lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada [...] es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia"* (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1).[7]

Por tanto, la regulación total se compondrá de un núcleo normativo común y básico a todo el Estado, y de un complemento normativo propio de cada Comunidad Autónoma en desarrollo de lo básico. Explica García de Enterría[8] que la normación básica se integra por tres niveles de contenido distintos entre sí y articulados como en tres círculos concéntricos: a) el círculo interior que representa el núcleo del interés general competencia del Estado; b) el círculo de encuadramiento, que articula el círculo anterior con la competencia normativa de las comunidades autónomas; y c) el círculo de suplencia, facultativo, que establece una regulación mínima capaz de suplir posibles defectos de la regulación autonómica. Este tercer

[7] Sobre los títulos competenciales relativos a la transparencia y materias conexas, ver García Rubio, 2015: 181-184.

[8] García de Enterría, 2006: 302-306.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

círculo o normación de suplencia es el que impide la jurisprudencia del TC, como explica también Tajadura, J. [9].

A su vez, sobre el alcance de las bases en la materia "régimen jurídico de las Administraciones públicas" (art. 149.1.18 CE), el TC ha señalado lo siguiente:

> *"la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18 CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar 'a los administrados un tratamiento común ante ellas' y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias"* (STC 50/1999, FJ 3).

El carácter básico de la normativa estatal exige que la norma autonómica haya de ajustarse a los límites establecidos por esa regulación, pues si no la respeta se vulnerará tanto la norma básica como lo establecido por el artículo 149.1.18ª CE. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la doctrina del TC, la definición de lo básico ha de permitir a las comunidades autónomas su desarrollo a través de la consecución de opciones legislativas propias, de forma que la legislación básica no agote completamente la materia (SSTC 32/1981 FJ 6); 1/1982, FJ 1; y STC 103/1997, FJ 2)[10].

Es decir, las bases son una parte de la regulación de la materia que debe ser completada por las comunidades autónomas en el ejercicio de políticas propias. En el caso de la transparencia, las leyes autonómicas podían optar por imponer a las Corporaciones locales obligaciones de publicidad activa adicionales a las establecidas en la LTAIBG, y la LTRM optó por no hacerlo, igual que la normativa de otras comunidades[11], sin que quepa reproche alguno desde el plano constitucional

[9] Tajadura Tejada, 2000:106-109.

[10] Ver también el resumen sobre esta doctrina que hace el Consejo de Estado en el dictamen 192/2016.

[11] Así cabe interpretar, por ejemplo, la Ley 3/2017, de 7 de julio, de modificación de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, para introducir medidas de transparencia y participación, en cuanto se limita a establecer que las entidades locales publicarán en

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

para esa ausencia de regulación. En consecuencia, no es necesaria la integración que se predica por el TS, ya que el artículo 5 LTRM no es una norma incompleta, no estamos ante vacíos o lagunas legales que fuercen a recurrir a otras normas para colmarlas.

La parte básica de la LTAIBG es aplicable directamente a las Corporaciones Locales de la Región de Murcia, y a las de toda España, por su propia fuerza normativa básica y, por tanto, su aplicación supletoria no es posible. En la sentencia 68/2021, de 18 de marzo (paradójicamente citada en la Sentencia), el TC recuerda su doctrina sobre la supletoriedad cuando el Estado tiene un título competencial para establecer lo básico (como es el del art. 149.1.18 CE en el que se inscribe la LTAIBG) remontándose a la STC 118/1996, de 27 de junio afirmando que

> *"para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate, sin que, como correctamente se afirmaba en la STC 147/1991 (…) pueda invocar como tal la cláusula de supletoriedad […] Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dárselo, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias"* (FJ6).

En consecuencia, afirma el TC que

> *"la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho"* (FJ 8).

Por tanto, conforme a tal doctrina, no cabe la aplicación supletoria del contenido básico de la LTAIBG, primero porque es su propia fuerza normativa directa la que determina su aplicabilidad, y segundo porque la no inclusión de las Corporaciones Locales en el artículo 5 de la LTRM es una opción normativa que tiene cabida en las competencias autonómicas y no constituye laguna. En efecto, no existe laguna

un portal de transparencia la siguiente información establecida en la legislación básica de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: información institucional, organizativa, de planificación, información de relevancia jurídica e información económica, presupuestaria y estadística (Artículo 2, que introduce un nuevo artículo 119 bis en la citada Ley 20/2006).

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

porque la LTAIBG contiene una regulación completa en lo que al derecho de acceso y la reclamación administrativa se refiere, materia sobre la que versaba la controversia resuelta por la Sentencia, ya que puede apreciarse que en los artículos 23 y 24 se regula la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de carácter potestativo, estableciendo el plazo para la interposición, las reglas de tramitación, el trámite de audiencia, el plazo máximo para resolver y los efectos del silencio. Es decir, nada impide su ejercicio.

Y en tercer lugar, no cabe la aplicación supletoria del contenido básico de la LTAIBG porque el Estado carece de competencia para imponer esa supletoriedad y ello impide una interpretación que la declare.[12] Como va a razonarse, las atribuciones del CTRM en cuanto al ámbito subjetivo de su acción son de la exclusiva competencia autonómica.

4.- Una doctrina discorde con la del TC en cuanto a la competencia autonómica sobre autoorganización: el caso análogo de la STC 68/2021 resuelto en sentido contrario al del Supremo

La controversia inicial, según se ha expuesto antes, trataba sobre la competencia del CTRM para resolver reclamaciones relativas al procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública del artículo 24 de la LTAIBG, que es básico, competencia que, según establece la propia LTAIBG, corresponderá al CTBG, *salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico*, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley, la cual incide en que la atribución de la competencia a un órgano o a otro es facultad autonómica.

Cuando se está tratando de la atribución de competencias a los órganos de las comunidades autónomas el campo normativo en el que se actúa es el de la autoorganización, competencia exclusiva de tales comunidades autónomas (art.148.1.1ª CE si se trata de instituciones de autogobierno). Cuando se trata de la

[12] El profesor Muñoz Machado (2015: 228 y 229) lo expresa así: *"no cabe interpretar tal principio como una cláusula general de competencia que permita al legislador estatal regular cualquier materia (SSTC 15/1989, 147/1991, 118/1996, 61/1997). Aplicando esta regla al ejercicio de las competencias estatales sobre la legislación básica, resulta de todo punto evidente que las leyes básicas deben limitarse a establecer los principios generales y comunes de ordenación de la materia a la que se refieran, sin extenderse a otros aspectos que correspondan a las competencias legislativas de desarrollo que pertenecen a las Comunidades Autónomas. Desde luego, tal extensión resultaría contraria al reparto de competencias si la ley estatal pretendiera ser de aplicación directa en perjuicio de la legislación autonómica. Pero tampoco puede* aprovecharse la *legislación básica para establecer normas que tengan la exclusiva función de servir como regulaciones supletorias, solo aplicables en los casos en que no existan normas autonómicas, bien sea porque no han llegado a aprobarse, bien porque presenten lagunas no integrables utilizando el Derecho autonómico".*

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

organización administrativa autonómica estamos ante una competencia ínsita a la existencia de la propia organización que no necesitaría un expreso apoyo normativo porque tiene carácter instrumental respecto de las competencias sustantivas asumidas en los Estatutos, ello a consecuencia de la posición constitucional de las comunidades como entes dotados de autonomía política y administrativa. El TC se ha pronunciado en esa misma línea en abundantes sentencias, declarando que la más genuina expresión del derecho de las nacionalidades y regiones a la autonomía es la capacidad de autoorganizarse libremente, y adoptar las opciones organizativas que mejor se acomodan a sus necesidades e intereses, para lo cual las Comunidades Autónomas disponen de un amplio margen de libertad de decisión que les permite sin duda expresar sus propias opciones políticas sobre la organización administrativa que de ellas depende (por todas, la STC 227/1988)[13].

Y ante la cuestión de si el Estado central, en uso de la competencia que le otorga el artículo 149.1.18.ª CE, podría imponer medidas organizativas concretas a la Administración propia de las Comunidades Autónomas, el TC responde que no, que de la expresión "régimen jurídico" no podría derivarse una competencia estatal para estructurar la organización administrativa autonómica (STC 32/1981), entre otras razones porque la CE salva las facultades de autoorganización de las comunidades incluso cuando describe la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común ya que lo hace *"sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas"* (art.149.1.18). Así, dijo la STC 50/1999, *"conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo"* (STC 165/1986, F. J 6.°), establecer cuáles son *"los órganos e instituciones"* que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/ 1982, F.J. 2.°), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y en consecuencia el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC 227 /1988 y *a sensu* contrario STC 13/1988). Esta competencia incluye el reparto de los cometidos de la Comunidad Autónoma entre los órganos y servicios en que se estructura, aclaró la STC 186/1988, añadiendo otras que el Estado no puede determinar cuál es el órgano de la Comunidad Autónoma que ha de ejercer una competencia, ni el rango de la norma a través del cual ha de ejercerse, ya que ello predetermina el órgano que ha de ejercer la competencia (STC 32/1983, FJ 1; STC 56/1990, FJ 26 y STC 62/1990, FJ 10).

Aplicar doctrina tan meridianamente clara y precisa impide hacer una interpretación de una norma autonómica que desarrolla una ley de bases (amparada en la competencia estatal sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas) en el sentido de que es la ley de bases la que determina la competencia de un órgano autonómico, especialmente cuando la propia base ha establecido que es competencia autonómica la determinación del órgano que ha de resolver las

[13] Ver las observaciones en este sentido de Fernández Valmayor, 2016: 1-4.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

reclamaciones del derecho de acceso del artículo 24 de la LTAIBG (Disposición adicional cuarta de la mismo Ley). Y mucho menos permite interpretar que esa atribución de competencia que realice la comunidad autónoma deba hacerse por un instrumento jurídico específico, como es una ley, cuando el propio apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la citada ley estatal, que sería la norma básica, se está refiriendo al convenio (igual que la LCSP, en su art. 46.4).

El razonamiento de esta Sentencia del TS al interpretar el artículo 24 y la Disposición adicional cuarta de la LTAIBG dando lugar a un exceso competencial estatal al atribuir la competencia sobre corporaciones locales al CTRM lleva a una situación análoga a la resuelta por la STC 68/2021, que declaró inconstitucional el segundo párrafo del artículo 46.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Este precepto regula el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respecto a éstas dispone lo siguiente:

"En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica (…), la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito".

Respecto a ello la sentencia dice así en el FJ. 9, c:

> *"(…) Estamos ante un supuesto en el que el legislador estatal dispone la aplicabilidad supletoria de sus normas a las comunidades autónomas; así lo reconoce la propia abogacía del Estado que justifica esta previsión estatal en la necesidad de evitar que quede sin efecto útil el recurso especial de contratación ante una supuesta pasividad autonómica. Solo es constitucionalmente legítimo que el legislador estatal prevea la aplicación de sus normas a las comunidades autónomas allí donde se halla habilitado por un título competencial específico que le permita disponer tal cosa. Como el tribunal ha declarado, la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia; el Estado no puede, excediendo el tenor de su título competencial en materia de contratación pública y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias (STC 118/1996, FFJJ 6 y 8). Por consiguiente, al proceder, en el párrafo segundo del art. 46.4 LCSP del modo descrito, se ha vulnerado tanto la configuración constitucional de la supletoriedad (art. 149.3 CE) como, de resultas, el orden constitucional de competencias. Se ha de declarar inconstitucional y, por consiguiente, nulo, el párrafo segundo del art. 46.4 LCSP".*

El paralelismo entre la situación planteada en la expresada STC 68/2021 y en la del TS que nos está sirviendo de referencia es evidente, pero las soluciones son

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

dispares. La primera constituye una prueba más de que no es posible una interpretación del alcance de la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18ª) que penetre en el ámbito de la autoorganización autonómica. Hacerlo, como así hace la segunda, queda fuera de la CE, según la jurisprudencia constitucional.

5.- Interpretación de los artículos 23 y 24 y Disposición adicional cuarta de la LTAIBG en su cualidad de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas: competencia del CTBG

La cuestión controvertida a la que la Sentencia debería ofrecer una respuesta queda oscurecida, sin embargo, por esta heterodoxa manera de aplicar las leyes y la doctrina constitucional, por lo que es necesario recordarla. Se trata de cuál es el órgano competente para resolver las reclamaciones de acceso a información del artículo 24 LTAIBG, negándose por el propio CTRM que a él le corresponda, fundándose para ello en el Dictamen 25/2017, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, con el que coincide la sentencia del TSJRM que resulta casada por el TS.

El Dictamen pretendía dar respuesta a la siguiente cuestión:

> *"(…) si, de acuerdo con el desarrollo realizado por la LTRM del artículo 24.6 y de la Disposición adicional cuarta de la LTAIBG, el CTRM tiene competencia para conocer de las reclamaciones en materia de acceso a la información de las Corporaciones Locales de la Región".*

Y comienza recordando la norma básica, es decir, la LTAIBG, según la cual las entidades que integran la Administración Local están sujetas a las disposiciones del título I de ésta, que comprenden las obligaciones sobre publicidad activa y derecho de los particulares de acceso a la información pública.

Esa misma Ley, continúa el Dictamen, crea en el Título III el CTBG al que asigna en el artículo 24.6 la competencia de resolver la reclamación sobre acceso en los siguientes términos:

> *"La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley".*

Señala la Disposición adicional cuarta, a los efectos que aquí interesa, que

> *"la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24* (ubicado en el Título I) *corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las*

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

> *Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas".*

Añade también que

> *"Las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias".*

Al margen de otras precisiones, el Dictamen constata que la LTRM no incluye en su ámbito de aplicación a las Corporaciones Locales (arts. 5 y 6) para valorar a continuación que a la Comunidad Autónoma se le encarga en la Disposición adicional cuarta LTAIBG (norma básica) que *determine* el órgano competente autonómico; es decir, que le corresponde la competencia para la *determinación* (Disposición adicional cuarta) del órgano que ha de resolver las reclamaciones del artículo 24 LTAIBG que se presenten contra actos de las Corporaciones Locales, competencia que puede ejercer de dos maneras distintas:

> *"atribuyéndola en sus normas al órgano propio que decidan, o bien al Consejo estatal regulado en la LTAIBG mediante convenio con la Administración General del Estado; el ejercicio de la competencia de esta manera se configura en el artículo 24.6 LTAIBG como una salvedad de lo que en él se dispone: por ello, en caso de que esta competencia no se ejercite por alguna Comunidad Autónoma, se habrá de entender que no se ha producido la salvedad establecida por el citado artículo 24.6 para privar de competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y, por lo tanto, en esa situación le corresponderá la competencia referida"*.

Comparte la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJRM el criterio mantenido por el CTRM que se basó en el contenido del Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia núm. 25/17, pues, *"como indica el mismo, la Administración no tiene más competencias, facultades o atribuciones que las que le hayan sido expresamente atribuidas -de forma genérica o específica- por la ley, ya que, en virtud del principio de legalidad, no cabe la técnica de autoatribución de potestades cuando no están expresamente amparadas en norma legal alguna".*

Concurre en esta opinión el Prof. Severiano Fernández Ramos, el cual afirma que del tenor literal de la LTAIBG (art. 24.6) puede defenderse que inicialmente la competencia corresponde al CTBG, evitándose así que la inactividad de las

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

Comunidades Autónomas afecte a las garantías comunes de los ciudadanos[14]. Y como el propio Fernández Ramos recuerda, la doctrina constitucional (STC 290/2000) ha admitido la licitud de que un organismo estatal, como es la Agencia Española de Protección de Datos, pueda ejercer competencias de resolución de reclamaciones frente a actos de las Administraciones autonómicas, situación que se repite con la bendición del TC en los casos del Consejo de Estado y del Tribunal Central de Recursos Contractuales. En el Consejo de Estado, dice la STC 204/1992, su cualificada función *"permite al legislador elevar su intervención preceptiva, en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 C.E.). Sin embargo, esta garantía procedimental debe cohonestarse con las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido para regular la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1 C.E.), de modo que esa garantía procedimental debe respetar al mismo tiempo las posibilidades de organización propia de las Comunidades Autónomas que se derivan del principio de autonomía organizativa (arts. 147.2 c) y 148.1.1 C.E.)"*. Y en el caso del Tribunal Central de Recursos Contractuales (STC 68/2021) prevé la LCSP su competencia cuando las comunidades autónomas se la atribuyan mediante convenio, igual que se regula en el artículo 24 y Disposición adicional cuarta de la LTAIBG.

Así lo entendió también el Defensor del Pueblo, el cual, tras considerar el artículo 24 y la Disposición adicional cuarta de la LTAIBG, los artículos 5 y 6 LTRM, y el Dictamen 25/2017 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, llega a la conclusión de que el vacío legal podía subsanarse de dos maneras: la modificación de la LTRM para incluir a las corporaciones locales en la competencia del CTRM, o *"suscribir un convenio con la Administración General del Estado para atribuir la competencia de resolución de estas reclamaciones al CTBG"*[15] .

Sin embargo, como constata el propio Fernández Ramos y es posible colegir de la lectura tanto de la Sentencia como de la del TSJRM casada, el CTBG ha venido inadmitiendo a trámite las reclamaciones referidas a entidades locales de la Región de Murcia fundando su criterio parcamente en que *"de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno carece de competencia para resolver la reclamación planteada por la*

[14] Fernández Ramos, INAP, laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp. Acceso último el 25 de julio de 2022.

[15] Queja número:18012307.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

reclamante. Siendo el órgano competente para conocer de esta Reclamación el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia (…)"[16].

Este criterio, así como el sostenido por la parte demandante, plantea en el fondo que existe una colisión entre los artículos 2 y 5 de las leyes de transparencia estatal y autonómica, respectivamente, y que la situación generada es que las entidades que integran la Administración Local en Murcia están exentas de cumplir el contenido de la normativa básica Estatal dictada por la LTAIBG al amparo de los arts. 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la CE, encontrándose los murcianos, y en relación con el procedimiento de acceso a la información, en una situación de desigualdad en relación con el resto de los ciudadanos del Estado Español y resto de Comunidades Autónomas, vulnerándose el derecho a la igualdad en la aplicación de la norma (art. 14 CE).

Esta tesis, sin embargo, carece de fundamento en las normas vigentes y en el sistema constitucional de distribución de competencias ya que, como se ha dicho, excluir de la LTRM a las entidades locales es una opción normativa legítima que no impide ni mucho menos que queden sujetas, como así están, a las obligaciones que impone la LTAIBG tanto en publicidad activa como en cuanto al derecho de acceso de los particulares, ya que están claramente incluidas en el artículo 2 de la norma básica, que es de eficacia directa respecto a ellas.

Y es que en el pleito de instancia se solicitaba el reconocimiento del derecho del recurrente al procedimiento de acceso a la información pública ante el CTRM,

[16] Ver la resolución N/REF: RT/00146/2016, de 20 de septiembre de 2016. No obstante, en la Resolución RT 0379/2019, de 7 de junio, se llega también a la conclusión de inadmitir la reclamación, pero sin considerar que el competente es el CTRM porque se da eficacia a la omisión de las corporaciones locales en el ámbito subjetivo de la LTRM. Considera esta resolución que hay un "vacío legal" a consecuencia de que no existe un órgano con competencia para resolver las reclamaciones presentadas en materia de acceso ante resoluciones expresas o presuntas de las entidades locales murcianas. Por una parte, "en virtud de la disposición adicional cuarta de la LTAIBG, esta competencia correspondería al Consejo murciano, pero su ley de transparencia no incluye a las entidades locales. Y, por otra parte, no se ha celebrado un convenio de colaboración entre esa Comunidad Autónoma y este organismo estatal, por lo que tampoco este Consejo es competente para resolver estas reclamaciones". Para resolver la situación el CTBG solicitó un informe a la Abogacía del Estado que, después de citar la jurisprudencia constitucional sobre el reparto de competencias que impide al Estado *asumir esa competencia con carácter supletorio*, concluye que el CTBG sólo puede ejercer su competencia en cuanto a las corporaciones locales autonómicas si *se atribuya por la correspondiente Comunidad al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno mediante de la suscripción de un convenio con la Administración General del Estado en el que se estipulen las condiciones en las que la Comunidad sufragará los gastos derivados de dicha asunción de competencia".* A pesar de que ambos consejos, el CTRM y el CTBG, han inadmitido las reclamaciones relativas a corporaciones locales de la Región de Murcia, al parecer nadie ha acudido a la vía del conflicto negativo de competencias previsto en los artículos 68 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal de Constitucional.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

pretensión que en la casación se ampliaba, a tenor de la propia sentencia (antecedente cuarto), a que *"(…) al amparo del artículo 29 de la L.O del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 octubre se proceda a promover por el alto Tribunal al que nos dirigimos Cuestión de Inconstitucionalidad por la colisión existente entre el artículo 2 de la LTAIBG y el art. 5 de la LTCARM, y ser necesaria para la estimación de la pretensión del actor de admisión de su recurso de reposición ante el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia (…)"*.

Es decir, la controversia trata de la competencia orgánica para resolver sobre el derecho de acceso, que está regulado en los artículos 23 y 24 y en la Disposición adicional cuarta de la LTAIBG, y es en tales preceptos en los que habría de volcarse el esfuerzo interpretativo. Sin embargo, de manera un tanto sorprendente, la cuestión casacional objetiva quedó delimitada en el auto el 16 de junio de 2021 señalando que *"será preciso determinar si resulta posible una interpretación integradora de lo dispuesto en los artículos 2, 24 y Disposición adicional cuarta de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno y de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia de la ley autonómica de transparencia, por la vía del artículo 149.3 CE; o si, por el contrario, existen fundadas dudas sobre la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley autonómica que obliguen a plantear una cuestión de inconstitucionalidad"*.

Al apuntar de inicio la búsqueda de *una interpretación integradora de lo dispuesto en los artículos 2, 24 y Disposición adicional cuarta de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno y de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 12/2014*, se está ya partiendo de la hipótesis de que existe una discordancia entre ellos, cuando la sintonía es más que razonable según lo ya expresado. El TS estableció una dicotomía entre la opción integradora y la opción de la inconstitucionalidad que no hubiese sido necesaria partiendo de la interpretación que sostuvieron el Dictamen 25/2017 y la sentencia del TSJRM, interpretación que deriva de un análisis de los artículos 2, 24 y Disposición adicional cuarta de la LTAIBG que concluye en que la competencia corresponde al CTBG. Y, por otra parte, llama especialmente la atención que se llegue a una interpretación de corte creacionista en una materia propia de la jurisprudencia constitucional evitando su intervención cuando, en realidad, lo que subyace en esa interpretación integradora es que la redacción del artículo 5 de la LTRM es inconstitucional, por lo que el juicio de relevancia parecía más bien fácil de argumentar, y ello podía haber dado lugar a la comparecencia de la Asamblea Regional de Murcia en la cuestión (art. 37.3 LOTC), verdadera parte afectada en este conflicto virtual[17].

[17] El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad parecería obligado a la vista de los razonamientos de la Sentencia y de la doctrina constitucional (ver STC 1/2017, F.J.2). El propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de enero de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección quinta, (rec.cas. 1832/2019), identifica como de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

Trae la sentencia del TS como reproche a la del TSJRM que no ha tenido en cuenta el régimen jurídico común referido a los procedimientos de impugnación de las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información pública, que impone un tratamiento uniforme de las solicitudes de información y de las atribuciones que corresponden al CTBG, que deben cohonestarse con las que correspondan a los Organismos independientes de control específicos en materia de transparencia que instituyan las Comunidades Autónomas, en virtud de su potestad de autoorganización, todo ello porque, según parece deducir, la competencia estatal del artículo 149.1.1ª CE no permite que la ley autonómica excluya a las corporaciones locales de la Región de Murcia de la reclamación potestativa sobre el derecho de acceso.

La necesidad de examinar la cuestión desde ese punto de vista no puede encontrar oposición alguna, pero es preciso reiterar que es evidente que la LTAIBG incluye en su ámbito de aplicación a las corporaciones locales de toda España (art.2) y, por tanto, la reclamación previa es aplicable respecto a ellas, siendo esto un entendimiento de la misma claro conforme a la doctrina antes expuesta, y más cuando tal reclamación tiene la eficacia sustitutiva de los recursos administrativos y constituye un derecho de los particulares que debe ser igual en todos los territorios (art. 149.1.1ª CE).

Ahora bien, ello no conduce automáticamente a pensar que es imprescindible incluir a las corporaciones locales en el artículo 5 de la LTRM, sino más bien a focalizar la interpretación de los artículos 23 y 24 de la LTAIBG en su calidad de base del régimen jurídico de las administraciones públicas (149.1.18ª CE) y derecho de los ciudadanos en todos los territorios (149.1.1ª CE) con el resultado de su aplicabilidad directa a las corporaciones locales de la Región de Murcia, con lo cual la única cuestión a dilucidar sería el órgano competente para resolver, siendo que de los citados artículos 23 y 24 de la LTAIBG y de su Disposición adicional cuarta resulta posible extraer la conclusión razonable y acorde con el marco normativo y constitucional que se ha expuesto.

---

determinar *"Si constatado un aparente conflicto aplicativo entre norma estatal y autonómica divergentes, y apreciada por la Sala de instancia una indebida aplicación de la normativa estatal básica en la sentencia apelada -al no haberse planteado previamente cuestión de inconstitucionalidad respecto de la norma autonómica preterida-, puede la Sala de instancia aplicar directamente dicha normativa autonómica sin plantear a su vez, cuestión de inconstitucionalidad -per se o a través del órgano unipersonal previa retroacción de actuaciones- para la resolución del conflicto normativo",* pregunta a la que contesta afirmando que los órganos judiciales al inaplicar una norma legal autonómica por considerarla contraria a las bases estatales, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, desbordan los límites propios de la potestad jurisdiccional.

Con igual razón cabe deducir que se desbordan esos límites si lo que hace la resolución judicial es modificar de facto la ley autonómica.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La problemática aplicación supletoria de la Ley 19/2013…
por Manuel M. Contreras Ortiz
Págs. 95-119
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

6.- Una reflexión sobre el contexto jurisprudencial de la Sentencia, sus efectos, y su desautorización por la misma Sala y sección en la sentencia de 2 de junio de 2022

Para finalizar resulta necesario considerar brevemente los efectos de la Sentencia. No cabe dudar del efecto de cosa juzgada entre las partes.

En cuanto a otro alcance vinculante, nuestra doctrina procesalista[18] ha señalado que el valor de la doctrina jurisprudencial depende de la *auctoritas* que quepa conceder a la Magistratura en cada momento histórico a tenor de la *prudentia iuris* y de la técnica jurídica que las decisiones judiciales acrediten.

A esta fuerza derivada de la *auctoritas* que por sí sola debiera tener reconocida cualquier sentencia del TS, habría que añadirle un valor especial en el recurso de casación tal como se regula actualmente en España, dado que con él se persigue la formación de jurisprudencia a través de la intervención del TS en controversias seleccionadas como de interés casacional objetivo. La sentencia, según el artículo 93 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, fijará la interpretación de las normas que el auto de admisión a trámite consideró necesaria, y a la luz de la misma resolverá las cuestiones aducidas en el proceso.

No obstante, el artículo 1.6 del Código Civil dice que la jurisprudencia se formará con la interpretación que *"de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"*, lo que ha llevado a considerar que para esa reiteración se requiere no una sentencia aislada, sino una serie de sentencias coincidentes, fijándose en al menos dos.

Según se ha pronunciado el TS en distintos autos la nueva regulación del recurso de casación no ha modificado el concepto de jurisprudencia que deriva del artículo 1.6 del Código Civil [19]. Por todos, el ATS 8029/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de julio de 2017 (rec. de cas. nº 2483/2017) en el que de forma clara manifiesta la siguiente postura cuando se encuentra que sobre las cuestiones seleccionadas como de interés casacional han recaído otras sentencias con anterioridad:

> *"La mencionada sentencia, empero, no enerva nuestra decisión de admitir el presente recurso de casación ni excluye el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que el mismo presenta, porque la existencia de una única sentencia de este Tribunal hace aconsejable -para formar jurisprudencia*

[18] Ver las interesantes consideraciones que se hacen por Moliner Tamborero, 2013.

[19] Ver más extensamente González López, A. 2017.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

> *mediante la doctrina reiterada a la que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil- que la Sala se pronuncie para reafirmar, reforzar o completar aquel criterio o, en su caso, para cambiarlo o corregirlo en los términos -en ambos supuestos- que la Sección de Enjuiciamiento tenga por conveniente".*

Es decir, el propio TS recuerda que una sola sentencia no forma jurisprudencia y que, además, puede ser objeto de cambio o corrección de los criterios sostenidos, hecho que se manifiesta posible en el caso de la Sentencia objeto de este análisis en cuanto que la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, a través también de la misma Sección Tercera, dijo el 2 de junio de 2022 (Rec.Cas. 4116/2020), en el F.J cuarto y como doctrina interpretativa de interés casacional, justo lo contrario, al afirmar como criterio jurisprudencial que

> *"(…) las disposiciones de la citada ley* (se refiere a la LTAIBG) *que integran su título I, referido a la transparencia de la actividad pública, en el que se incluyen las normas que regulan el derecho de acceso a la información pública y entre ellas el citado artículo 12 de reconocimiento del derecho de acceso a la información pública a todas las personas, son de aplicación a las entidades que integran la Administración Local, por disposición del artículo 2.1.a) de la citada ley".*

No cabe duda de que, conforme a lo razonado hasta aquí, esta última afirmación concuerda con el sistema constitucional de distribución de competencias y se ajusta a la doctrina del TC., y que desde tal planteamiento, por tanto, resulta ocioso razonar si la LTRM impide el derecho de acceso a la información de las Corporaciones Locales, que no lo hace, y conduce la cuestión controvertida a determinar el órgano competente para resolver sobre la reclamación, teniendo que argumentarse si lo es el CTRM o el CTBG, siendo la conclusión aquí sostenida la ya expuesta.

7.- Conclusiones

1) La interpretación de la Sentencia que centra este análisis produce una modificación de la LTRM en su artículo 5, modificación de trascendencia y sustantiva porque añade a las Corporaciones Locales de la Región de Murcia obligaciones sobre publicidad activa que no están comprendidas en la LTAIBG.

2) La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ha ejercitado su competencia no incluyendo a las Corporaciones Locales en sus determinaciones, dejándolas, por tanto, reguladas por la regulación básica, sin más. Ello incluye la no sujeción a las obligaciones de publicidad activa en los términos regulados por la LTRM, pero se extiende también a la falta de competencia del CTRM.

Conforme a la doctrina del TC, la no inclusión de las Corporaciones Locales en el artículo 5 de la LTRM es una opción normativa que tiene cabida en las competencias autonómicas y no constituye laguna, careciendo el Estado de competencia para

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

imponer la supletoriedad de la LTAIBG, ya que las atribuciones del CTRM en cuanto al ámbito subjetivo de su acción son de la exclusiva competencia autonómica. Por establecer una regulación muy semejante a ésta, la STC 68/2021 anuló el artículo 46.4 párrafo segundo, de la LCSP, interpretando que la cláusula de supletoriedad no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia, ya que ha de existir un título específico que habilite para ello.

3) No existe colisión entre los artículos 2 y 5 de las leyes de transparencia estatal y autonómica, ya que excluir de la LTRM a las entidades locales es una opción normativa legítima que no impide ni mucho menos que queden sujetas a las obligaciones que impone la LTAIBG tanto en publicidad activa como en cuanto al derecho de acceso de los particulares, ya que están claramente incluidas en su artículo 2 y los artículos 23 y 24 constituyen una regulación completa de la reclamación que no precisa del desarrollo autonómico.

4) Del tenor literal de la LTAIBG (art. 24.6) puede defenderse que inicialmente la competencia para resolver la reclamación por el derecho de acceso en el caso de las entidades locales de la Región de Murcia corresponde al CTBG, criterio que se confirma con la interpretación sistemática, tal como el Consejo Jurídico dijo en el Dictamen 25/2017. La cuestión a dilucidar desde el inicio de esta controversia era el órgano competente para resolver la reclamación volcando el esfuerzo interpretativo en los artículos 23 y 24 y en la Disposición adicional cuarta de la LTAIBG.

5) No cabe dudar que la Sentencia ha producido efecto de cosa juzgada entre las partes, aunque su vinculación general está afectada ya que hay otra doctrina jurisprudencial de la misma Sala del TS opuesta a ella, y dependerá, además, de que se ratifique el criterio por el TS con un segundo fallo, dada la necesidad de que la jurisprudencia se forme a partir de resoluciones reiteradas (art. 1.6 C.c.).

Bibliografía

FERNÁNDEZ RAMOS, S, 2017. "La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública", Revista General de Derecho Administrativo, 45.

FERNÁNDEZ VALMAYOR, J.L., 2016, "Articulación organizativa y estado compuesto". *Documentación Administrativa*: Nueva Época, Núm. 3.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 2006.*Curso de Derecho Administrativo*, decimotercera edición, Madrid,Thomson-Civitas.

GARCÍA RUBIO, F, 2015, "La Ley de Transparencia y sus efectos sobre las entidades locales". *Cuadernos de Derecho Local*, nº 38.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.259

GONZÁLEZ LÓPEZ, A. 2017. "La sentencia en el recurso de casación contencioso-administrativo". *Cuadernos de Casación.* 27. https://www.alego-ejale.com/cuadernos-de-casacion.

MOLINER TAMBORERO, G, *2013.* "La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* https://www.uria.com/documentos/publicaciones.

MUÑOZ MACHADO, S. 2015, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Madrid, Ministerio de la Presidencia, BOE.

SÁNCHEZ BARRILAO, J.F, 2004 "La supletoriedad del Derecho estatal como garantía en la ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas". *Revista de derecho constitucional europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Nº. 1.

TAJADURA TEJADA, J. 2000 "Cortes Generales y supletoriedad del derecho estatal", *Revista de las Cortes Generales*, nº50.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

La transparencia de las aportaciones financieras a los grupos políticos locales

Severiano Fernández Ramos[1]

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cádiz. España

ORCID: 0000-0002-9784-4503

RECIBIDO: 29 de enero de 2023
ACEPTADO: 11 de febrero de 2023

RESUMEN: La probablemente necesaria discrecionalidad (con respeto a los límites legales) con la que los grupos políticos locales disponen de las aportaciones financieras de su respectiva entidad local «para su funcionamiento» ha estado, a menudo, acompañada de un pacto tácito de opacidad, lo que ha venido siendo un serio déficit de nuestra democracia local. Frente a esta praxis, debe subrayarse el elevado interés público en la divulgación de esta información, directamente vinculada al mandato de rendición de cuentas y reforzada por el carácter representativo de los beneficiarios de estas subvenciones, pues no otra es su naturaleza.

PALABRAS CLAVE: democracia local, transparencia pública, financiación grupos políticos.

[1] Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz. Cuenta con cinco sexenios de investigación y ha desarrollado una intensa actividad investigadora en materia de transparencia y Buen Gobierno como antítesis a la corrupción. Es coautor (junto a José Mª Pérez Monguió) de las siguientes monografías en la prestigiosa editorial Thomson Reuters-Aranzadi: La imparcialidad en el procedimiento administrativo (2012), La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (2014), El Estatuto de los Altos Cargos (2016), El derecho de acceso a la información pública en España (2017, 1ª ed.; 2020, 2ª ed.), y Vox Pópuli. Consultas populares y procesos participativos (2019).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

CONTENIDOS: 1. Excurso sobre la naturaleza jurídica de los grupos políticos locales. — 2. Excurso sobre la naturaleza y finalidad de las aportaciones públicas. — 3. El interés público en la divulgación de la información. — 4. La sujeción al régimen de publicidad activa. — 5. La sujeción al derecho de acceso a la información pública. — *5.1. La documentación sobre la justificación de las aportaciones es información pública en poder de la Corporación Local. — 5.2. La irrelevancia del ejercicio o no por el Pleno de sus competencias de control. — 5.3. La existencia de la información como presupuesto para el ejercicio del derecho. — 5.4. El límite de la protección de datos personales. — 5.5. Sobre la competencia y procedimiento para proveerse y entregar la información. — 5.6. Audiencia en el procedimiento de reclamación y legitimación para impugnar la actuación de la Corporación Local.* — Bibliografía.

Transparency of financial contributions to local political groups

ABSTRACT: The probably necessary discretion (regarding legal limits) with which local political groups handle financial contributions from their local entities "for their own performance" has often been accompanied by shady under-the-table agreements, which have been a thorn in the side of democracy. In response to these issues, it's of the highest, in our opinion, interest to ensure the disclosure of this information, directly linked to their accountability and reinforced by the representative nature of the beneficiaries of these subsidies, without any other ulterior motives at play.

KEYWORDS: local democracy, public transparency, financing political groups.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

1. Excurso sobre la naturaleza jurídica de los grupos políticos locales

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) ordena la constitución de los miembros de las corporaciones locales en grupos políticos «*A efectos de su actuación corporativa*» (art. 73.3)[2]. De este modo, y sin perjuicio del innegable protagonismo de los reglamentos orgánicos en la determinación del régimen jurídico de los grupos políticos[3], la doctrina es unánime al considerar que los grupos políticos locales son estructuras internas de las Corporaciones Locales y, por tanto, formalmente independientes de los partidos políticos, coaliciones, federaciones o agrupaciones con que sus miembros acudieron al proceso electoral, y cuya función es canalizar parte de la actuación representativa de los miembros de la corporación[4].

Así, el Tribunal Constitucional se ha referido a un "*derecho-deber de los concejales de estar adscritos a un grupo político*" para la finalidad "*de organización grupal del trabajo corporativo*", al mismo tiempo que el grupo se configura como el medio del ejercicio del derecho constitucional a acceder a cargos públicos (STC 30/1993, de 15 de enero). Y el Tribunal Supremo ha considerado a los grupos políticos como "*un elemento organizativo de la estructura de los órganos de gobierno del municipio que se constituye como vía o como medio esencial para que los representantes populares que forman parte de las respectivas corporaciones participen en la actividad democrática de estas*" (STS 15584/1994, de 8 de febrero)[5].

Por lo tanto, como ha señalado certeramente la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (en adelante, GAIP), los grupos

[2] En idénticos términos se pronuncia el art. 23.1 Reglamento de Organización y Funcionamiento.

[3] SSTS de 20 de mayo de 1988 (Ar. 6701), de 15 de septiembre de 1995 (Ar. 4194) y 29 de noviembre de 2001 (Ar. 2002/137). Como señala, I. Lasagabaster (2014: 234), «la creación de los grupos municipales constituye una clara traslación de la regulación que de los grupos parlamentarios se realiza en las Cámaras, por lo que, al igual que en aquel caso, hay que entender que los reglamentos municipales constituyen un componente o elemento esencial e imprescindible del principio de autoorganización».

[4] Alonso Higuera (2015: 134).

[5] Ya la STS de 27 de noviembre de 1985 expresó que «los grupos no están dotados de personalidad jurídica independiente de las personas que los componen, siendo únicamente uniones de parlamentarios a efectos de mejor funcionamiento de las actividades propias de las Cámaras». Así, p. ej., la STSJ Islas Baleares de 15 de octubre de 2008: "*Los grupos políticos de las corporaciones locales carecen de personalidad propia e independiente por el que se trataría de una unión sin personalidad a la cual el segundo párrafo del art. 18 le reconoce capacidad procesal en la orden jurisdiccional contencioso-administrativo sólo «cuando la Ley lo declare expresamente» y no se puede entender que porque la Ley concede acción pública en materia de urbanismo, con esto los declara capacidad para recorrer en vía judicial, puesto que la acción pública el que concede es legitimación, no capacitado procesal. La Ley sí reconoce capacidad procesal a los grupos políticos de las corporaciones locales, pero en limitado ámbito de la actuación corporativa".*

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

políticos municipales, a diferencia de los partidos políticos, no tienen personalidad o entidad diferenciada del Ayuntamiento, sino que «son una fórmula organizativa interna de los ayuntamientos creada a los efectos de la actuación corporativa y del buen funcionamiento de los órganos de la corporación, con el fin de facilitar la relación y la participación de los electos de una misma lista electoral en los órganos municipales, de acuerdo con criterios de proporcionalidad, y como tales, gestionan la titularidad de los derechos colectivos de los electos locales»[6]. Y todo ello no es contradictorio con el hecho de que puedan disponer de un NIF, ya que esta identificación fiscal no va ligada a la personalidad jurídica sino a que son obligados tributarios, de acuerdo con el artículo 35.2 de la Ley 58/2003, del 17 de diciembre, General Tributaria.

[6] GAIP, Resolución 6/2018, de 22 de enero. Añade la Resolución: «De acuerdo con ello, se les reconoce una entidad a la hora de ejercer las actividades de control y seguimiento de la acción del gobierno municipal (pueden presentar preguntas, mociones, ruegos, e incluso promover una moción de censura , por ejemplo) y singularmente son los titulares de los derechos económicos derivados de la obligación de los Ayuntamiento de proveerles de medios materiales (espacios o salas) y de una dotación económica que les permita el ejercicio de sus funciones políticas, por bien que la titularidad del núcleo esencial de la función representativa derivada del derecho fundamental a la participación del artículo 23.2 CE no es de los grupos políticos municipales, sino de las personas electas, tal y como resulta de una reiterada y consolidada jurisprudencia constitucional (SSTC 5/1983, 10/1983), ya que ninguna de las funciones esenciales (participar en la actividad de los órganos de control y en las deliberaciones del Pleno y obtener información, SSTC 169/2009, 20/2011 y 9/2012) se puede ver afectada por la no pertenencia a un grupo político (STC 246/2012). Por tanto, el grupo político municipal es titular de derechos económicos y de determinados derechos políticos de relevancia constitucional en su relación y participación en los órganos municipales, pero no es titular de las funciones inherentes al núcleo esencial de la función representativa derivada del artículo 23.2 CE (lo son las personas electas), ni tiene personalidad jurídica propia». Igualmente, entre otras muchas, Resolución 21/2018, de 7 de febrero.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

2. Excurso sobre la naturaleza y finalidad de las aportaciones públicas

Como es sabido, la reforma de la LRBRL efectuada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, contempló expresamente la dotación económica por parte de la Corporación Local a los grupos políticos municipales (art. 73.3)[7], dando carta de naturaleza el legislador básico a lo que ya era entonces una práctica ampliamente extendida a partir de la apelación del ROF a la puesta a disposición de los grupos municipales de medios materiales para su funcionamiento (art. 27).

Con todo, la escueta previsión de la LRBRL ha dado lugar a no pocos problemas interpretativos, empezando por la finalidad de las aportaciones públicas, pues el art. 73.3 no ordena un fin, sino que se limita a prohibir que las aportaciones puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial. No obstante, la Exposición de Motivos de la Ley 11/1999 (que, como se ha dicho, introdujo el precepto) sí precisó el destino de tales aportaciones financieras: «(…), con el nuevo apartado 3 del artículo 73 se pretende una mención expresa en la Ley de Bases a que la actuación corporativa de los miembros de las Corporaciones locales se realice a través de los grupos políticos, con la posibilidad de dotación económica *para su funcionamiento*, siguiendo una regulación similar a la que se contempla en el Reglamento del Congreso de los Diputados para sus grupos políticos».

Por su parte, la sentencia de la Sala de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas núm. 18/2011, de 19 de diciembre, trató de despejar las cuestiones más relevantes respecto a su naturaleza y finalidad. Así, en contra de las pretensiones de los afectados por el proceso de calificar las dotaciones a los grupos como asignaciones libre y discrecionalmente administrables, el Tribunal no dudó en considerar que se trataba de *subvenciones* otorgadas a los grupos políticos con la finalidad de subvenir a sus gastos de funcionamiento. Por tanto, existe la obligación legal de los grupos municipales de destinar los fondos percibidos en concepto de aportaciones para el

[7] «El Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial». Asimismo, como ha señalado el Tribunal Supremo, en su sentencia nº 1358/2021, de 3 de julio de 2012, recurso 4270/2011, «la asignación variable "en función del número de miembros de cada grupo" no significa que la misma no pueda ser concretada a través de criterios como son la presidencia de comisiones informativas, participación en la Junta de Gobierno y ello porque ese artículo 73.3 no impide que las asignaciones a los grupos municipales puedan ser percibidas por los miembros que las integran. Es el grupo municipal el destinatario de los fondos o asignaciones económicas y quien decide cómo se auto-organiza».

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

funcionamiento del grupo municipal a esta finalidad, y a justificarlo documentalmente ante el Pleno cuándo les sea requerido, así como a reintegrar las cantidades no invertidas, aunque se trata de una contabilidad que lleva el propio grupo municipal y no está regularmente intervenida ni fiscalizada por la Intervención[8]. Y todo ello sin perjuicio de que esta dotación pueda configurarse por la Corporación como una asignación o partida finalista en los presupuestos, en cuyo caso el gasto deberá efectuarse con cargo a la corporación y siguiendo el régimen de los gastos y pagos municipales[9].

De este modo, las aportaciones públicas pueden destinarse a un abanico amplio de conceptos, pero siempre directamente relacionados con las *necesidades de funcionamiento* del grupo político: compra de material de oficina, el alquiler del local para ejercer la actividad del grupo, la organización de campañas publicitarias, la contratación de asesoramiento profesional externo, o el pago de gastos de representación (dietas, viajes, comidas, etc.). Y todo ello con dos exclusiones legales: «sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial».

Con todo, es innegable que perdura una cierta ambigüedad sobre el destino que cabe dar a estos fondos (gastos admisibles), alimentada además por la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos, la cual contempla, entre los recursos económicos de los partidos políticos procedentes de la *financiación pública*, a las aportaciones que estas formaciones puedan recibir de los grupos de representantes en los órganos de las Administraciones locales cuyo (art. 2.1.*e*). Y aun cuando desde diversas instituciones se ha seguido postulando la afectación de estas aportaciones al funcionamiento del propio grupo (p. ej., Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, en su Informe definitivo de fiscalización de 2013), se trata de un desafortunado precepto que puede desvirtuar el carácter finalista de la subvención o dotación económica otorgada a los grupos políticos[10]. Además, esta vía es también utilizada para burlar tanto la prohibición de la LRBRL de contratación de personal laboral al servicio del grupo político, como de abono de sobresueldos a los propios ediles (STS 3-7-2012, recurso 4270/2011).

[8] En consecuencia, el Tribunal de Cuentas entendió que la falta de justificación suficiente de las subvenciones recibidas constituye un supuesto de alcance de fondos públicos, que genera la obligación de reintegro, y ello con independencia de la concurrencia de intencionalidad o de ánimo de lucro.

[9] Vid. Fernández García (2018: 315).

[10] P. ej., las bases de ejecución del Ayuntamiento de Salamanca han permitido la aportación al correspondiente partido político de hasta un 35% de la asignación al grupo municipal.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

Asimismo, la regla de la LRBRL según la cual la contabilidad específica de dicha financiación se pondrá a disposición del Pleno de la Corporación, «siempre que éste lo pida» (art. 73.3) requiere para su efectividad del acuerdo de la mayoría, lo que ha conducido, en la práctica (por razones obvias), a una ausencia generalizada de control Pleno. Pero a esta falta de control político se ha unido (aunque no debería) una deficiente fiscalización económico-financiera a cargo de la Intervención, situación a lo que no ha ayudado precisamente la exclusión de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, de su aplicación a las subvenciones de las corporaciones locales a los grupos políticos (art. 4.d). Cuestiones todas estas, sorprendentemente, no abordadas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y ello a pesar de su abierta obsesión por la contención del gasto público y el control financiero de las entidades locales (como señaló Maraña Sánchez, 2014, 4).

En definitiva, la legislación vigente durante lustros no solo ha concedido a los grupos políticos locales un amplio margen para administrar discrecionalmente las dotaciones económicas públicas destinadas a sus gastos de funcionamiento, sino que además ha posibilitado una cierta incertidumbre sobre su destino final, respaldada por la común ausencia de medidas específicas y regulares de control financiero.

3. El interés público en la divulgación de la información

La información relativa a la gestión de las aportaciones económicas por parte de los grupos políticos locales es de indudable interés público por diversas razones. En la importante Resolución 6/2018, de 22 de enero, la GAIP ya estableció que el interés público en la divulgación de esta información es indudable, considerando que:

> "*la información relacionada con el destino dado a estas aportaciones por parte de los grupos políticos perceptores es información relevante para la finalidad de la transparencia, en la medida en que, de por un lado, pone al alcance de la ciudadanía la información necesaria para el control de legalidad del destino dado a estos recursos finalistas, y por otro, permite el control ciudadano de la oportunidad de los gastos realizados con cargo a estos recursos públicos, de forma que pueda formarse una opinión crítica de la actuación de sus representantes políticos en el Ayuntamiento que puede incluso incidir en la determinación de su voto en un futuro. Un control ciudadano, finalmente, que en el contexto de la transparencia es muy relevante facilitar y garantizar, considerando que el uso de estos fondos escapa de los mecanismos ordinarios de control, como la fiscalización de la intervención municipal (salvo que el Reglamento orgánico municipal prevea otra cosa, lo que no es nada común) y que, aunque la legislación de régimen local atribuya al Pleno la potestad de control, lo cierto es que en la inmensa mayoría de los casos el Pleno está haciendo dejación de estas funciones*".

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

Más aún, como ha señalado la propia GAIP, «el hecho de que estas subvenciones estén excluidas de los mecanismos de control interno ordinarios, ya que de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), a las subvenciones a los grupos políticos municipales no les es de aplicación el procedimiento general de gestión y justificación de las subvenciones concedidas por las administraciones públicas que se regula en los artículos 29 y siguientes, y por tanto, la intervención municipal ordinariamente las excluye del ámbito de su fiscalización, salvo que su normativa interna disponga otra cosa, quedando así su control interno exclusivamente en manos del Pleno del Ayuntamiento (art. 73.3 LRBRL), que muy a menudo no lo ejerce; adicionalmente, hay que tener también en cuenta que la fijación de la cuantía o el importe de la subvención a percibir por cada grupo se realiza por parte de los propios grupos que serán sus beneficiarios, lo que añade interés en la transparencia del proceso de toma de decisión de cara a la rendición de cuentas a la ciudadanía»[11].

Por tanto, conocer el uso y la finalidad que da cada grupo local a los fondos públicos que recibe constituye, sin duda, información que reside de lleno dentro de la finalidad genérica de la transparencia, que es la rendición de cuentas a la ciudadanía de las administraciones en general. Pero, además, la relevancia pública de la información en cuestión es triple: primero, por el carácter de representantes electos de los integrantes de los grupos políticos, a los que la legislación de transparencia impone un régimen especialmente favorable a su control y escrutinio[12]; segundo, por el carácter público de los recursos financieros, pues salen de los presupuestos de las Entidades Locales; y, tercero, por estar destinados a una finalidad de interés público vinculada al propio sistema de democracia local (facilitar y posibilitar el ejercicio de las funciones de los electos locales agrupados de acuerdo con la lista electoral). Pero, además, se dan dos circunstancias adicionales: de un lado, la asignación y control de las aportaciones económicas depende, en cierta medida, de los propios grupos que se benefician de las mismas, pues es acordada por los propios grupos políticos reunidos en Pleno. Y, de otro lado, el amplio margen de

[11] GAIP, Resoluciones 21/2018, de 7 de febrero; 172/2018, de 12 de julio; 212/2018, de 30 de julio; 231/2018, de 22 de agosto; 339/2018, de 21 de noviembre, entre otras. Como señala el Consejo de Transparencia de Aragón (Resolución 20/2020, de 15 de junio): «Las subvenciones a los grupos municipales son recursos de naturaleza pública (salen de los presupuestos municipales), ligados a una finalidad de interés público (facilitar y posibilitar el ejercicio de las funciones de los electos locales agrupados de acuerdo con la lista electoral), determinados en su cuantía por los propios grupos políticos reunidos en Pleno, y sus beneficiarios y gestores son electos locales, que como tales están sometidos a un especial escrutinio en un escenario de transparencia, rendición de cuentas y control ciudadano de los poderes públicos».

[12] El art. 8.f) LTAIBG ordena la publicidad de las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo. Y el art. 8.h) impone la publicidad de las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

discrecionalidad de que disponen para la utilización de estos recursos públicos, reforzado por la carencia de mecanismos de control ordinarios de su gestión de que adolecen.

Todas estas razones reclaman que la gestión de estos específicos recursos públicos por estos específicos actores públicos esté sometida a un especial escrutinio, que quiebre con una dilatada práctica de opacidad, la cual ha venido siendo un déficit de nuestra democracia local.

4. La sujeción al régimen de publicidad activa

En este panorama legal, y centrándonos en la cuestión de la transparencia de las aportaciones financieras, debe recordarse que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, obligó a las Administraciones públicas, incluidas las entidades locales, a publicar «Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios» (art. 8.c). Y, como se señaló más arriba, la sentencia de la Sala de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas núm. 18/2011, de 19 de diciembre, ya subrayó la naturaleza subvencional de las aportaciones económicas a los grupos políticos locales, la cual subrayó su carácter finalista, lejos de la libertad y discrecionalidad en su atribución que pretendían algunos grupos municipales y de la ambigüedad de su naturaleza.

No obstante, se ha señalado que, como también se indicó más arriba, Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las subvenciones de las corporaciones locales a los grupos políticos (art. 4.d). Ahora bien, como ha argumentado certeramente la GAIP, el hecho de que las subvenciones a los grupos políticos municipales estén excluidas de la aplicación del marco general regulador de las subvenciones no comporta ninguna limitación en la aplicación a estas subvenciones del régimen general de transparencia y del acceso a la información, de la misma manera que las obligaciones de transparencia en la contratación pública son de aplicación también a los contratos patrimoniales, si bien están excluidos del régimen jurídico general de los contratos del sector público[13]. De hecho, la propia Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, designa a las aportaciones de las corporaciones locales a sus grupos políticos como «subvenciones» (art. 4.d). Y, además, como también señala la GAIP, estas aportaciones económicas encajan perfectamente en la propia definición conceptual de subvenciones hecha por el artículo 2 LGS: son aportaciones sin contraprestación directa de los beneficiarios; sujetas a un objetivo o actividad concreta -la actividad ordinaria del grupo- y otorgadas con una finalidad de utilidad pública, como lo es facilitar el funcionamiento y la actividad de los electos dentro de

[13] GAIP, Resolución 6/2018, de 22 de enero; Consejo de Transparencia de Aragón, Resolución 20/2020, de 15 de junio.

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

las corporaciones locales[14]. Además, la noción de subvenciones y ayudas públicas del art. 8.c) LTAIBG no tiene por qué coincidir con la noción de subvención «sujeta» a la Ley 38/2003, sino que entra dentro de la indicada noción amplia de toda asignación gratuita de dinero público con carácter finalista.

Y, en todo caso, este criterio ha sido ratificado por los tribunales. Así, la STSJ Andalucía 97/2021, de 27 de enero (recurso de apelación nº 1325/2020) ha declarado que el artículo 4.d) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, «no entra en colisión con el objetivo de transparencia que pretende la Ley 19/2013, pues la prohibición de que la LGS no sea aplicable a los grupos políticos de las Corporaciones Locales no obsta a que la información relativa a las subvenciones que se conceden a los grupos políticos y el destino de las mismas pueda ser objeto de publicidad dado que se trata de información relevante para la finalidad de la transparencia, permitiendo con ello que el ciudadano pueda controlar los gastos realizados con dinero público»[15]. Por tanto, puede afirmarse que las Corporaciones Locales están obligadas, en virtud de la LTAIBG a publicar en sus portales el importe de las aportaciones concedidas a cada grupo político.

Ahora bien, la simple publicidad de los importes de las aportaciones económicas concedidas a los grupos políticos no es, en absoluto, un estándar de transparencia suficiente. En coherencia con el alto interés público que presenta la divulgación de la información, tal como se justificó más arriba, es necesario que los deberes de publicidad activa se extiendan a la información relativa al destino efectivo de las

[14] GAIP Resolución 6/2018, de 22 de enero: «Dicho de otra manera, si no fueran subvenciones, no habría necesidad de excluirlas expresamente de la regulación de la LGS en su artículo 4; simplemente, no estarían dentro del ámbito objetivo de aplicación de la ley por no tener esta naturaleza». Además, la Resolución añade un segundo argumento, de tipo comparativo, que abunda en la sumisión de estas aportaciones económicas, como subvenciones, a las obligaciones derivadas de la legislación de transparencia: «El artículo 4 LGS, que excluye de su ámbito de aplicación las subvenciones a los grupos políticos municipales, excluye de igual manera las subvenciones previstas por la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, y la Ley orgánica 3/1987, del 2 de junio, de financiación de los partidos políticos. Pues bien, la Administración del Estado, que es quien las otorga a los partidos políticos, está publicando en su portal de transparencia estas subvenciones excluidas del LGS invocando de manera expresa que lo hace en aplicación del artículo 8.1. c de la Ley básica 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBGE), que prevé la publicidad activa de las subvenciones y ayudas. Por tanto, en relación con las otras subvenciones excluidas del LGS, la Administración General del Estado como poder público otorgante y responsable del cumplimiento de las obligaciones de transparencia, está interpretando que esta exclusión del régimen del LGS no tiene efectos exclusivos de las obligaciones de publicidad activa de las subvenciones y ayudas, y las publica regularmente en el portal de transparencia del gobierno español».

[15] La posterior STSJ Andalucía 1469/2021, de 29 de septiembre (recurso de apelación nº 678/2021) señala que la puesta a disposición del Pleno de la Corporación de la contabilidad, siempre que éste lo pida, «resulta coherente dada la *naturaleza de subvención* de dicha dotación económica. De hecho, la información relativa a las subvenciones que se conceden a los grupos políticos y el destino de las mismas puede ser objeto de publicidad dado que se trata de información relevante para la finalidad de la transparencia, permitiendo con ello que el ciudadano pueda controlar los gastos realizados con dinero público».

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

aportaciones económicas. Y, en este sentido, la GAIP aprobó, para mayor claridad, el Criterio 1/2018, de 23 de febrero, sobre la obligatoriedad de la publicidad activa de las subvenciones a los grupos políticos de las Corporaciones Locales, el cual orientó sobre la forma en que debían justificarse, desglosando los conceptos de forma que permita conocer el destino dado a los recursos, pero teniendo en cuenta que el artículo 15 LTAIPBG no exige la publicidad activa de las facturas correspondientes a los gastos, si bien puede ser una buena práctica.

No obstante, dando un paso más incisivo, el Decreto 8/2021, del 9 de febrero, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, establece lo siguiente (art. 45.4):

"En el caso de las subvenciones y ayudas públicas concedidas por las administraciones locales a los grupos políticos representados en éstas, para su funcionamiento, y de acuerdo con la normativa de régimen local, las administraciones locales deben publicitarlas en un espacio diferenciado, que contenga los datos siguientes:

a) El acuerdo que fija la cuantía y los elementos relativos a la toma de esta decisión.

b) El importe anual y los grupos políticos beneficiarios.

c) El objeto de la subvención y las prohibiciones legales de destino de estos fondos previstas en la normativa vigente.

d) La información relativa al procedimiento de justificación o rendición de cuentas y/o de control financiero, o la constancia de su inexistencia.

e) La declaración de cada grupo beneficiario de la relación detallada de gastos anuales financiados con cargo a estos fondos, agrupados por conceptos específicos».

Como es conocido, los deberes legales de publicidad activa ordenados en la ley básica estatal tienen un carácter de mínimos, por lo que este tipo de determinaciones contenidas en la legislación autonómica son plenamente válidas. Y, ni qué decir tiene, que las propias Corporaciones Locales están también legitimadas para ordenarlos y, subsidiariamente, adoptarlos como buenas prácticas.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

5. La sujeción al derecho de acceso a la información pública

5.1. La documentación sobre la justificación de las aportaciones es información pública en poder de la Corporación Local

Más allá de la información que la LTAIBG u otras normas exigen que se difunda desde los portales de transparencia, hay que tener presente que dicha ley reconoce y garantiza el derecho de acceso de la ciudadanía a cualquier otra información pública, lo que afecta en nuestro caso muy señaladamente a la documentación justificativa de las aportaciones económicas y sobre la cual la LRBRL, como nos consta, obliga a llevar a los grupos políticos una *contabilidad específica*. Es decir, el hecho de que se deba publicar un conjunto de infracción extractada no es obstáculo para solicitar la documentación completa en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en especial de su justificación. Y, en tal sentido, se han pronunciado reiteradamente los órganos de garantía del derecho de acceso[16].

Pues bien, las solicitudes de acceso a dicha información, en ocasiones ejercitadas por miembros de otros grupos políticos de la misma corporación local, han sido denegadas, incluidas por grandes corporaciones locales (como los Ayuntamientos de Barcelona o Valencia[17]), sobre la base de que no se trataría de información pública, pues tal información no se encontraría en poder de la Corporación Local, en la medida en que el Pleno no requiera la justificación de las aportaciones. Así, son recurrentes las alegaciones de las Corporaciones Locales en el sentido de que las solicitudes de acceso deben dirigirse a los grupos y no a la Corporación. A este respecto, debe recordarse que, si bien los partidos políticos están sujetos a las obligaciones de publicidad activa (art. 3.a), no lo están a en relación con el derecho de acceso a la información pública, pues la información en poder de los mismos no es «información pública» en el sentido de la LTAIBG (art. 13)[18].

[16] Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, RT 0273/2019, de 18 de julio; Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, Resoluciones 21 y 89/2019, ratificada Sentencia 56/2020, de 7 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Sevilla, dictada en el procedimiento ordinario 83/19; Consejo de Transparencia de Aragón, Resolución 20/2020, de 15 de junio. Pero, sobre todo, destaca la constante doctrina de la GAIP, entre otras, Resoluciones 6/2018, 18/2018, 19/2018, 20/2018, 21/2018 y 22/2018; 156/2018, 167/2018, 168/2018, 169/2018, 170/2018, 171/2018, 172/2018, 202/2018, 104/2019 y 54/2020.

[17] Sobre el Ayuntamiento de Valencia, véase la sugerencia del Defensor del Pueblo a la queja 17004592, *Informe anual 2018*, p 841: «la información, relativa a la justificación documental del uso dado a los fondos públicos, debe ser de fácil accesibilidad, ya que los grupos políticos han de contar con ella y la tienen que tener preparada para rendir cuentas ante el pleno en cualquier momento».

[18] Así, GAIP, Resolución 54/2020, de 31 de enero, la cual señala que ni el procedimiento de solicitud de información regulado en la Sección LTAIPBG, ni el procedimiento de reclamación ante esta Comisión regulado en el artículo 39 LTAIPBG, pueden tener por objeto información en poder de los partidos políticos, que queda excluida del ejercicio del derecho de acceso tanto desde el punto de vista

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

Frente a tales planteamientos debe subrayarse que, como se señaló más arriba, los grupos políticos locales destinatarios de las aportaciones económicas, a diferencia de los partidos políticos, no tienen personalidad o entidad diferenciada de la Corporación Local[19]; no son ente u órgano independiente de la Corporación local, sino que la integran y son parte indisoluble de ella[20]. Técnicamente, los grupos políticos no son sino una fórmula organizativa interna de las Corporaciones Locales creada con el fin de facilitar la relación y la participación de los electos de una misma lista electoral en los órganos locales, de acuerdo con criterios de proporcionalidad, y como tales, gestionan la titularidad de los derechos colectivos de los electos locales[21].

Por tanto, la información en poder de los grupos políticos en ejercicio de sus funciones, incluida la relativa a la gestión de las aportaciones económicas, es *información pública*, pues se trata de información en poder de una Entidad Local, como tal sujeta al derecho de acceso a la información pública (art. 2.1.a LTAIBG).

Pero, como ha hecho notar también la GAIP, incluso si consideráramos a los grupos municipales como entes ajenos al Ayuntamiento (lo cual no es así), deberíamos concluir igualmente que la información que está en sus manos es información pública, considerando que el Pleno tiene la facultad de exigirla, de acuerdo con el artículo 73.3 LRBRL[22].

Para ello debe recordarse que la LTAIBG (art. 13) entiende por información pública «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, *que obren en poder* de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». Y, como ha señalado la GAIP, obrar en poder no significa encontrarse "en posesión" de la Administración: «La posesión es una noción que hace referencia a la disponibilidad material de la información, mientras que "en poder" va más allá de la posesión y abarca también la información que no está materialmente en manos del Ayuntamiento, pero que el Ayuntamiento tiene potestad o poder para exigir que le sea entregada como consecuencia de su actividad o el ejercicio de sus funciones. De acuerdo con ello, hay que concluir que la justificación del gasto de las aportaciones económicas a los grupos políticos municipales se debe considerar información pública sobre la que se proyecta el derecho de acceso, aunque no esté

subjetivo (los partidos políticos no están obligados a aportar la información para satisfacer el derecho de acceso), como objetivo (noción de información pública).

[19] GAIP, Resoluciones 6/2018, de 22 de enero; 172/2018, de 12 de julio.

[20] GAIP, Resolución 210/2017, de 27 de junio; Resolución 231/2018, de 22 de agosto.

[21] GAIP, Resolución 22/2018, de 7 de febrero.

[22] GAIP, Resoluciones 212/2018, de 30 de julio; 231/2018, de 22 de agosto; 339/2018, de 21 de noviembre.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

materialmente en manos de los órganos municipales, atendiendo a que el Pleno tiene la potestad de exigirla y obtenerla de los grupos municipales, por habilitación expresa del artículo 73 LRBRL»[23].

En la misma línea, la Sentencia 56/2020, de 7 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Sevilla, dictada en el procedimiento ordinario 83/19, afirma:

> *«La negativa de la Diputación Provincial se centra en considerar que esta información pública que se solicita no obra en su poder y, por tanto, no la puede facilitar. Con ello olvida la naturaleza y carácter de los grupos políticos en que se integran los miembros de la Corporación Local para su actuación corporativa, carentes de personalidad jurídica independiente (…) Y es que el ciudadano no puede solicitar a estos grupos la información pública de que se trata, pues es la Administración Pública Local, la Diputación Provincial, el sujeto público obligado a dar esta información, que sí tienen en su poder, en cuanto a que está siempre en su disposición, pues está facultado para exigirla en los grupos políticos en que se integran los miembros de la Corporación. Nótese que, como bien explica el Consejo de Transparencia, estos grupos no pueden ser confundidos con los partidos políticos, sujetos expresamente referenciados en el artículo 4 de la ley 19/2013»*[24].

En definitiva, la documentación relativa a la justificación del gasto realizado con cargo a las subvenciones en poder de los grupos políticos locales debe considerase información pública en «poder» de la Corporación Local, aun cuando no esté materialmente en manos de los órganos de gobierno. Si el Pleno de la corporación hace uso de la facultad que le atribuye la legislación de régimen local de control del gasto realizado por los grupos políticos municipales, es evidente que esta

[23] Este criterio de la GAIP establecido en la Resolución 6/2018 y seguido por muchas otras, como Resolución 22/2018, de 7 de febrero, y 167/2022, de 3 de marzo, ha sido ratificado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sus sentencias nº 1493/2020, de 26 de mayo de 2020, y nº 1358/2021, de 23 de marzo de 2021. Así, en la primera se declara: «con independencia de que las cantidades asignadas a los grupos municipales se consideren una subvención o una ayuda pública entran de lleno en el campo de aplicación de la norma referida y están sujetas a la transparencia e información respecto de las mismas, por cuanto dichas cantidades están sujetas a la oportuna justificación puesto que las mismas se entregan a dichos grupos para el cumplimiento de los fines que les son propios». Lo cierto es que, en este mismo sentido y de modo general, me manifesté en su día sobre la exigencia del art. 13 LTAIBG de obrar en poder: «esta exigencia debe interpretarse no tanto en el sentido de detentar o poseer físicamente a información, sino en el sentido de que el sujeto obligado disponga de los poderes jurídicos necesarios para su obtención» (Fernández Ramos – Pérez Monguió, 2017: 138).

[24] Igualmente, el Consejo de Transparencia de Aragón, Resolución 20/2020: «considerando que el Pleno tiene la potestad de exigirla y obtenerla de los grupos municipales, por habilitación expresa del artículo 73 LRBRL, y que estos grupos políticos tienen la obligación de tenerla a disposición del Pleno (al menos, la de la legislatura en curso). En la medida en que exista y se conserve, esta información debe considerarse pública y accesible por la vía del derecho de acceso, aunque no haya sido reclamada por el Pleno».

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

documentación justificativa se incorpora al orden del día de la sesión plenaria y forma parte del acervo documental del Ayuntamiento. Pero, si el Pleno, como sucede a menudo, no reclama la documentación, ello no impide considerar que se trata de información en «poder» de la Corporación, para lo cual la Corporación (sujeto obligado) deberá proveerse de esta información requiriéndola a los grupos políticos, de la manera y por el procedimiento que considere adecuado[25].

5.2. La irrelevancia del ejercicio o no por el Pleno de sus competencias de control

Como se ha indicado antes, con cierta frecuencia, las Corporaciones Locales se escudan en la omisión por parte del Pleno de la exigencia a los grupos políticos de puesta a su disposición de la contabilidad específica a la que les obliga la LRBRL –art. 3.3-. Pero, una vez más, la GAIP ha respondido con contundencia este tipo de alegaciones: «no resulta justificable interpretar que la falta de control por parte del Pleno impide la facultad de control ciudadano; o dicho de otro modo, que la dejación de funciones o la inactividad del Pleno en relación con la facultad que tiene atribuida por el artículo 73.3 LRBRL de ejercer el control sobre las subvenciones que ha otorgado a los grupos municipales impide que la ciudadanía pueda acceder a esta información pública de acuerdo con la LTAIPBG, sino que contrariamente, hay que interpretar que la entrada en vigor de la LTAIPBG y el nuevo marco de transparencia que impone la gestión de los recursos públicos supone un grado de exigencia aún mayor de lo que la LRBRL preveía como una potestad de control del Pleno»[26].

Más exactamente, el procedimiento de control interno previsto en el artículo 73.3 LRBRL y el procedimiento de solicitud de información pública ordenado en la LTAIBG «son procedimientos diferentes, independientes y no subordinados, que deberán ajustarse en cada caso a su propia legislación y finalidad, y sin que ninguno de ellos pueda proyectar efectos sobre el otro, de modo que la inactividad del Pleno no puede tener un efecto excluyente del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, igual que el ejercicio del derecho de acceso a la información

[25] Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, Resolución 21/2019.

[26] GAIP, Resoluciones 156/2018, de 20 de junio; 212/2018, de 30 de julio; 231/2018, de 22 de agosto. Ya antes, la fundamental Resolución 6/2018, de 22 de enero, había declarado: «En estas condiciones, la falta de actuación del Pleno al no haber requerido esta documentación a los grupos, a pesar de estar apoderado para hacerlo, no puede justificar que sea excluida del control y del acceso por parte de la ciudadanía, al contrario, hay que interpretar que a resultas de la legislación de transparencia, el Pleno está impelido a ejercer el control que le otorga el LBRL y no hacer dejación de estas funciones, considerando que su inactividad supone mantener la gestión de estos recursos públicos en un plan opaco y sin control, contrario a los principios de transparencia». Y, como explica la misma GAIP, Resolución 54/2020, de 31 de enero: «*lo que se establece con la entrada en vigor de la LTAIPBG es un nuevo escenario de rendición de cuentas a la ciudadanía independiente y desvinculado de los otros procedimientos de fiscalización ante los órganos correspondientes, con el fin de que todas las personas resulten empoderadas para conocer su actividad y la gestión que hacen de los recursos públicos, y los poderes públicos devengan obligados a rendir cuenta de ello ofreciéndoles el acceso la información pública que documente esta gestión, para que la ciudadanía pueda formarse una opinión crítica informada e, incluso, pedir responsabilidades políticas, si lo considera pertinente*».

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

pública no puede tener ningún efecto enervador del procedimiento interno de control de la subvenciones de los grupos. Esta misma independencia entre el procedimiento de rendición de cuentas ante el Pleno y el procedimiento de acceso a la información pública lleva rechazar que se pueda condicionar el contenido de un procedimiento al del otro»[27].

En definitiva, la facultad del Pleno de ejercer el control interno de las subvenciones que ha otorgado a los grupos políticos (art. 73.3 LRBRL) no puede considerarse como un requisito previo o un presupuesto para que la ciudadanía pueda ejercer el derecho de acceso sobre esta información, porque la legislación de régimen local no establece que la facultad del Pleno de requerirla tenga carácter preceptivo, ni menos aún exclusivo y excluyente del régimen general de acceso a la información previsto en la LTAIPBG, ni que la información deba considerarse confidencial o reservada al conocimiento del Pleno[28].

Y debe subrayarse que este criterio ha sido acogido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia 3403/2022, de 5 de octubre, recurso 1717/2020:

> «(…) *no puede acogerse la alegación relativa a la imposibilidad de cumplimiento, cuando se trata de requerir información sobre la justificación del uso de fondos públicos concedidos en concepto de ayuda o subvención, en este caso a los grupos municipales, lo cual puede solicitar a través de los órganos de gobierno municipales competentes. Por su parte, el procedimiento de rendición de cuentas interno prevenido en el art. 73.3 de la LRBRL no exceptúa el derecho de acceso a la información pública, a la vez que fija determinados límites para la aplicación de las dotaciones económicas con cargo a los fondos públicos municipales, los cuales deben ser cumplimentados asimismo cuando se*

[27] GAIP, Resolución 54/2020, de 31 de enero, la cual añade: «Del mismo modo, tampoco es admisible que se justifique la pretendida incapacidad del Ayuntamiento para cumplir con su obligación de facilitar el derecho de acceso con la rimbombante invocación de los principios democráticos que impedirían que el gobierno municipal imponga una decisión al Pleno. Esta afirmación parte de la premisa falsa, y ya rebatida, de que la única manera de obtener las facturas es que el Pleno las pida. Pero incluso si se admitiera esta premisa, no justifica la pretendida incapacidad del Ayuntamiento para obtener la información y cumplir con su obligación legal de entregarla en un procedimiento de acceso, que no se impone al gobierno municipal en concreto, sino a la administración, que es el sujeto obligado por la LTAIPBG satisfacer el derecho de acceso».

[28] GAIP, Resolución 231/2018, de 22 de agosto. Y concluye la Resolución 54/2020, de 31 de enero: «Este precepto (art. 73.3 LRBRL), pues, no establece de forma expresa que solo el Pleno y únicamente él, pueda pedir esta información a los grupos. Lo que se establece, simplemente, es la obligación de los grupos de justificar, siempre que el Pleno se lo requiera, las subvenciones recibidas. Derivar de aquí que la inactividad continuada del Pleno en relación con su facultad de control de las subvenciones a los grupos tenga un efecto inexorable y automático de exclusión de esta información del alcance del derecho de acceso no encuentra ninguna fundamentación y contraviene frontalmente las previsiones de la LTAIPBG de que solo por una limitación "expresamente establecida" en una norma con rango de ley se pueda restringir el derecho de acceso».

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

acuerde el acceso a la información en virtud de la legislación de transparencia, como es el caso, que no resulta excluida por la legislación básica local».

5.3. La existencia de la información como presupuesto para el ejercicio del derecho

En la medida en el artículo 73.3 LRBRL establece la obligación del grupo de llevar una contabilidad específica de las aportaciones económicas recibidas, y de ponerla a disposición del Pleno de la Corporación siempre que éste se lo pida, «presumiblemente esta información no deberá elaborarse a raíz de la petición, sino que será preexistente en tanto que debe estar a disposición del Pleno (o de la jurisdicción contable o la autoridad fiscal, en su caso); del mismo modo que es presumible que existan en manos de los grupos las facturas y otros comprobantes de es gastos realizados. En la medida en que exista y se conserve, pues, esta información debe ser accesible»[29].

Ahora bien, los órganos de garantía vienen entendiendo que, en el caso de que los grupos no hayan conservado la información, o la hayan destruido una vez finalizado el mandato y la obligación de tenerla a disposición del Pleno, o en caso de que hayan desaparecido como grupo, el derecho de acceso no podrá satisfacerse por inexistencia de la información, y así deberá hacerse constar, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que puedan incurrir los gestores por negligencia en la conservación documental ante la jurisdicción contable o la autoridad fiscal[30].

Evidentemente, si la información no existe, por la razón que sea, el derecho de acceso no podrá ser ejercitado por simple imposibilidad material. Ahora bien, en mi opinión, no es exacto decir que el deber de conservación finaliza con el mandato de cada Corporación Local. El mismo argumento antes señalado según el cual los grupos políticos no son una estructura diferenciada de la Corporación de la que forman parte, lleva a concluir que, aun cuando no sea de aplicación la legislación de subvenciones, la documentación contable sobre las subvenciones percibidas por los grupos es (además, de información púbica) «documentación pública» (en el sentido de titularidad pública), sujeta, por tanto, a los deberes de conservación propios de la legislación de archivos y patrimonio documental que sea de aplicación. Con todo, sería aconsejable que la legislación de régimen local obligue expresamente a los grupos municipales a conservar dicha documentación y, al final de cada mandato, entregarla al archivo correspondiente[31].

[29] GAIP, Resolución 21/2018, de 7 de febrero.

[30] GAIP, Resolución 172/2018, de 12 de julio; Consejo de Transparencia de Aragón, Resolución 20/2020, de 15 de junio.

[31] Forman parte del *patrimonio documental* los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

5.4. El límite de la protección de datos personales

En relación con las facturas y demás documentación contable de las subvenciones se suscita también el alcance del límite al derecho de acceso a la información pública derivado de la protección de los datos personales. A este respecto, los órganos de garantía diferencian entre los datos personales de los propios miembros del grupo político (a los que habría que añadir del personal adscrito al mismo, típicamente de carácter eventual, así como de los empleados públicos locales[32]), y los datos de terceros, básicamente de proveedores.

Respecto a los primeros, la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT) expuso[33]:

> *En cuanto a la información que pueda afectar a los concejales miembros del grupo, si la información se da sin facilitar el detalle de eventuales gastos de representación (comidas, viajes, alojamientos realizados en el seno de las actividades inherentes de los grupos políticos), el grado de injerencia sobre la privacidad del concejal o concejala sería mucho menor y sería sin duda respetuoso con el principio de minimización de los datos. Sin embargo, en caso de que se trate de gastos que consten como imputables a la actividad de un determinado concejal la normativa de protección de datos no impediría el acceso a esta información. Desde el punto de vista del concejal o concejala que pueda resultar afectado, hay que tener en cuenta que estas personas ejercen cargos públicos, disponen y hacen uso, con un amplio margen de discrecionalidad, de dinero público que deberían ir destinados a cubrir gastos de funcionamiento del grupo del que son parte, y por tanto vinculadas a la finalidad pública que persiguen. La necesidad de control de este margen de discrecionalidad en relación con la utilización de fondos públicos, puede justificar el acceso a esta información"*[34].

público, según el artículo 49.2 Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español, y disposiciones similares se contienen en la legislación autonómica.

[32] GAIP, Resolución 326/2018, de 15 de noviembre: «sin que los datos personales del portavoz o del interventor, si figurasen, deban ser anonimizadas, considerando que actúan en ejercicio de sus funciones públicas».

[33] El informe de la APDCAT se emitió a instancia de la GAIP, en la tramitación de la reclamación que condujo a su Resolución 18/2018, y desde entonces ha sido utilizado por la GAIP en resoluciones posteriores.

[34] La misma APDCAT, en el posterior informe (IAI 56/2019), matizó su posición: «Sin embargo, con respecto a la información que pueda afectar a los concejales miembros del grupo, en el caso de los gastos de representación (viajes, comidas, etc.) sería conveniente limitar esta información al contenido mínimo para cumplir con el fin de controlar el destino de los fondos que reciben los grupos políticos. Por ejemplo, con respecto a la información sobre las comidas que haya asistido un concejal, por su función de representación, esta información podría contener los nombres de los restaurantes, los importes abonados, etc., pero no habría que facilitar, por ejemplo, la información de los tipos de menús

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

Por su parte, respecto a los datos personales de terceros, la APDCAT expresó las siguientes consideraciones[35]:

> «*Desde el punto de vista de las terceras personas físicas que eventualmente puedan resultar identificadas en la documentación contable o en las respectivas facturas justificativas de las compras o servicios abonados por parte de los grupos políticos, en principio, ya falta de una mayor concreción sobre los motivos por los que interesa el acceso, hay que tener en cuenta que en principio parece que se trataría de información vinculada a alguna actividad profesional (ya sea como consecuencia de facilitar suministros o de la prestación de servicios) por lo que la intromisión en la vida privada de estas personas sería mínima, pero no se puede descartar que una relación continuada pueda acabar permitiendo identificar algún tipo de vinculación con determinadas personas o proveedores que, teniendo en cuenta la naturaleza política del grupo municipal puede terminar permitiendo establecer, de forma fundamentada o no, algún tipo de afinidad política.*
>
> *Por otro lado, puede parecer un caso análogo a la exposición a la que están sometidos los contratistas de la administración, los cuales, por mandato de la LTC [se refiere a la legislación de transparencia catalana] están sometidos a un exigente régimen de publicidad activa (art. 13 LTC), pero hay que tener en cuenta que en este caso lo que se trata no es de controlar a estas terceras personas, sino de controlar el destino de los fondos. Siendo así, el objetivo de transparencia se lograría igualmente sin necesidad de identificar y sacrificar la privacidad de las personas físicas que eventualmente puedan aparecer en el conjunto de documentación afectada. (…) Por aplicación de los principios de proporcionalidad o de minimización en el tratamiento de los datos se considera que el eventual acceso a la documentación solicitada no debería incluir información que permita identificarlas. Conviene recordar que la anonimización debería ser siempre la primera medida a tener en cuenta ante el eventual acceso a información personal afectada por el ejercicio del derecho de acceso*

que haya pedido, ya que esto, permitiría analizar o establecer ciertos aspectos relativos, por ejemplo, a su salud, a sus preferencias personales o establecer unas pautas de conducta no pertinentes para conseguir la finalidad pretendida. Así, el grado de injerencia sobre la privacidad del concejal o concejala sería mucho menor y sería sin duda respetuoso con el principio de minimización de los datos. En el caso de viajes, tomando otro ejemplo, no parecería necesario proporcionar horarios u otros detalles que puedan permitir establecer patrones de conducta».

[35] Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (en concreto artículos 6 y 7), hay que considerar que las facturas en general contendrán, al menos, los datos correspondientes al número de factura, la fecha de expedición, el nombre y apellidos, razón o denominación social completa, tanto del obligado a expedir la factura como el destinatario de las operaciones; el NIF; el domicilio del obligado y del destinatario, entre otros. En el caso de facturas simplificadas incluirán, entre otros, el NIF, el nombre y apellidos, así como la razón o denominación social completa del obligado a su expedición.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

> *de los ciudadanos. Sería suficiente pues aportar información sobre los conceptos».*

Sin embargo, la misma APDCAT, en el posterior informe (IAI 56/2019), modificó su posición:

> *«Con respecto a las terceras personas físicas que no formarían parte del grupo y que eventualmente puedan resultar identificadas en las respectivas facturas justificativas de las compras o servicios abonados por parte de los grupos políticos, en principio, a falta de una mayor concreción sobre los motivos por los que interesa el acceso, parece que se trataría de información vinculada a alguna actividad profesional (ya sea como consecuencia de facilitar suministros o de la prestación de servicios) por lo que la intromisión en la vida privada de estas personas sería mínima. En este sentido, la necesidad de control en relación con la utilización de fondos públicos, puede justificar el acceso a esta información.*
>
> *En este sentido, puede ser bueno recordar que, en el ámbito de la contratación de las administraciones públicas, la información sobre la identidad de los contratistas, el objeto del contrato y el importe del mismo, deben ser publicadas, entre otra información en el portal de la transparencia (art. 13 LTC) precisamente como medida de transparencia de la utilización de fondos públicos.*
>
> *En el caso de los grupos municipales, con independencia de la normativa de contratación que les sea aplicable y de las obligaciones de publicidad activa que puedan tener, es evidente que en los contratos que han suscrito en uso de los fondos públicos otorgados por la administración concurre igualmente la necesidad de justificar ante la ciudadanía la utilización de estos fondos, con lo que la limitación del derecho a la protección de datos de las terceras personas con quienes los suscriben estaría plenamente justificada cuando se ejerza el derecho de acceso».*

Y concluye el informe lo siguiente: «*La normativa de protección de datos no impediría el acceso a las facturas justificativas de los gastos que contengan datos personales de los concejales, así como de terceras personas físicas que no formen parte del grupo, a los efectos de controlar el destino de fondos que reciben los grupos políticos*».

En definitiva, en relación con los datos personales que consten en las facturas y documentación justificativa del gasto, la finalidad de rendición de cuentas a la que sirve el control del gasto realizado por los grupos municipales, unida al elevado interés público en la divulgación de la información (art. 15.3 LTAIBG), justifican que el derecho de acceso deba prevalecer sobre el derecho a la protección de datos personales, no solo de los concejales y los empleados adscritos al grupo y demás empleados públicos (en la medida en que unos y otros actúan en su ejercicio de cargos y funciones públicas), sino en relación con los datos personales de terceras

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

personas físicas que aparezcan, salvo naturalmente que la información pueda afectar a datos especialmente protegidos, lo cual no será lo normal, dado que se trata de actuaciones de carácter profesional. El propio margen de discrecionalidad con el que los grupos políticos gestionan los fondos públicos, y que limita considerablemente los controles de legalidad de su actuación, justifica este elevado nivel de transparencia pública[36].

5.5. Sobre la competencia y procedimiento para proveerse y entregar la información

Como se ha dejado sentado, dado que los grupos municipales no tienen personalidad jurídica propia, la Administración obligada a dar cumplimiento de la Resolución del órgano de garantía del derecho de acceso es la correspondiente Corporación Local. Ahora bien, en algunos casos se ha planteado que el Presidente de la Corporación, órgano competente por lo general para resolver las solicitudes de acceso a la información pública, no es competente para obligar a la puesta a disposición de la información en poder de los grupos políticos, pues tal facultad sería exclusiva del Pleno, de acuerdo con lo previsto en el artículo 73.3 LRBRL.

Frente a ello, debe insistirse en la indicada independencia del control interno que pueda ejercer el Pleno respecto al control externo que pueda derivarse del ejercicio del derecho de acceso. En la misma medida en que el cumplimiento de la resolución del órgano de garantía por la que se estima una reclamación no vincula al Ayuntamiento ejercer la facultad de control interno por parte del Pleno prevista en el artículo 73.3 LRBRL, tampoco es precisa la puesta en marcha de este control interno para hacer efectiva dicha resolución, en cumplimiento del deber de colaboración institucional. Corresponde, como se ha dicho, a la Corporación Local proveer de esta información requiriendo a los grupos políticos de la manera y por el procedimiento que considere apropiada[37].

[36] Otra cosa es que este procedimiento de reclamación pueda instar un pronunciamiento del órgano de garantía sobre la adecuación al marco legal de los gastos realizados, lo que sería, efectivamente, inadmisible. Así, la GAIP, Resolución 87/2019, de 22 de febrero: "*La persona reclamante cuestiona la legalidad de estas aportaciones al partido dado el carácter finalista atribuido por el artículo 73.3 LBRL, para la financiación del grupo municipal, (…) Pero determinar si es ajustado a derecho destinar las subvenciones establecidas por la LBRL a la financiación incondicionada de un partido político no es el objeto de este procedimiento, ni es competencia de esta Comisión, que en sus Resoluciones se limita a evaluar y determinar si la Administración ha aplicado correctamente la legalidad vigente en materia del derecho de acceso a la información. Por tanto, lo que aquí se dirimirá no es la adecuación del destino dado a los fondos que, al menos por parte de la Comisión, no se discute ni se cuestiona, sino si la ciudadanía debe poder conocer a qué han destinado los grupos estos fondos públicos, con un grado de detalle suficiente para formarse una opinión crítica.*" Igualmente, GAIP, Resolución 54/2020, de 31 de enero.

[37] Como señala la GAIP, Resolución 172/2018, de 12 de julio: «Debe señalarse que la vía del derecho de acceso a la información debe diferenciarse de la vía de control interno previsto por el artículo 73.3 LBRL, por lo que no es exigible ni necesario para que un ciudadano pueda acceder a esa información que previamente haya sido reclamada y votada en pleno y fiscalizada por la intervención. Una y otra vía son distintas y responden a finalidades y procedimientos distintos, y para el acceso a la información que

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

5.6. Audiencia en el procedimiento de reclamación y legitimación para impugnar la actuación de la Corporación Local

Por último, aunque los grupos políticos no son terceras personas jurídicamente diferenciadas del sujeto obligado, «en atención a su entidad diferenciada como poseedores de la información», la GAIP viene facilitando audiencia a los mismos en la tramitación de las reclamaciones. Y, en consecuencia, en caso de oposición al acceso, la GAIP considera aplicable, para mayor garantía de sus derechos, el supuesto del artículo 47.2 de su Reglamento[38], y, por tanto, el plazo fijado para la ejecución de esta Resolución queda en suspenso, mientras no se agote el plazo para interponer recurso contencioso administrativo contra la resolución, o en su caso, mientras no se resuelva por el Tribunal la petición de medida cautelar de suspensión[39]. En mi opinión, tal medida no es estrictamente necesaria, pues tiene por finalidad preservar el derecho de defensa de los terceros afectados (no de los sujetos obligados) ante la jurisdicción contencioso administrativa. Y, como se ha indicado hasta la saciedad, los grupos políticos no son una entidad diferenciada de la Corporación de la que forman parte.

Con todo, es comprensible la cautela de la GAIP, con objeto de blindar la resolución frente a posibles impugnaciones, pues aun careciendo formalmente de personalidad jurídica, lo cierto es que los grupos políticos son titulares de derechos y obligaciones, reconociéndoles la jurisprudencia, asimismo, capacidad para ser parte y, por tanto, legitimación procesal activa ante los tribunales ordinarios. Lo que nos lleva a plantear la posibilidad de que un grupo municipal pueda impugnar un acuerdo de la Corporación Local en virtud del cual se estime favorablemente una solicitud de acceso relativa a información en poder del grupo. Se trata de una cuestión dudosa, pero no puede ignorarse que la jurisprudencia ha reconocido a los grupos municipales legitimación para recurrir los actos que les afecten como tal grupo[40].

---

aquí se resuelve no resulta requisito ni puede condicionarse al acuerdo de los grupos, la previa aprobación de cuentas y la fiscalización de las mismas. Basta con que siga el procedimiento de la LATIPBG y, considerando que es información pública conforme a lo expuesto en el FJ anterior, el ciudadano podrá acceder a ella. Igualmente, no es exigible que sea formalmente el Pleno quien pida a los grupos la información, ya que el control interno previsto y facultado por el artículo 73.3 LBRL no le atribuye una función exclusiva y excluyente del acceso de la ciudadanía a esta información».

[38] El artículo 47.2 Reglamento GAIP establece que "En el caso de tramitación de la reclamación por el procedimiento de resolución, si en el procedimiento de resolución hubiera habido la oposición de terceras personas, el acceso a la información solo se puede hacer efectivo una vez ha transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o, en caso que se haya presentado este recurso, si no se ha acompañado de petición de medidas cautelares de suspensión o se ha resuelto este incidente manteniendo la ejecutividad del acuerdo o la resolución".

[39] GAIP, Resolución 54/2020, de 31 de enero.

[40] STS de 16 de mayo de 1994 (Ar. 3515).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Tribuna: Enfoques y Doctrina
La transparencia de las aportaciones financieras …
por Severiano Fernández Ramos
Págs. 121-143
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.282

Bibliografía

Alonso Higuera, Carmen (2015): «Los grupos políticos municipales», *Cuadernos de Derecho Local*, QDL37, pp. 125-180.

Fernández García, José Fco (2018): «Los grupos políticos y su financiación», *Revista de Administración Pública*, 205, pp. 291-338.

Fernández Ramos Severiano – Pérez Monguió, José Mª (1ª ed. 2017; 2ª ed. 2020): *El derecho de acceso a la información pública en España*, Aranzadi.

Lasagabaster Herrarte, Iñaki (2014): «Partidos políticos y grupos municipales: un debate no cerrado sobre sus relaciones jurídicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98, págs. 225-250.

Maraña Sánchez, José Q. (2014): "Transparencia y dotación económica a los grupos políticos municipales. STCuentas 18/2011, de 19 diciembre", El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 1, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 15 al 30 Ene. 2014, Ref. 80/2014, pág. 80.

.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis de legitimidad del Estado democrático

Leopoldo Abad Alcalá[1]

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad CEU San Pablo
España

ORCID: 0000-0002-4194-6404

RECIBIDO: 11 de octubre de 2022
ACEPTADO: 24 de enero de 2023

RESUMEN: La democracia y su concreción constitucional, el Estado democrático, requieren de mecanismos de reafirmación ante la crisis de legitimidad que sufre este modelo de organización política. Este trabajo plantea nuevas aproximaciones a la transparencia como sustento de la democracia representativa, combinando la ecuación de la corrupción de Klitgaard con los componentes de legitimidad de Beetham. Se revindica la trascendencia del derecho a la información para permitir una participación ilustrada como fundamento de la exigencia de una mayor transparencia y rendición de cuentas. Completa el trabajo una aproximación propositiva a instituciones de democracia indirecta en la línea explicitada por Rosanvallon, que pueden incrementar la transparencia y la rendición de cuentas y que permiten una mayor implicación de la ciudadanía en todos los ámbitos de la *res publica*.

PALABRAS CLAVE: Transparencia, rendición de cuentas, Estado democrático, legitimidad, derecho a la información.

CONTENIDOS: 1.- Introducción. 2.- Transparencia vs. Acceso a la información: aportaciones a una recurrente delimitación conceptual. 3.- Transparencia, Estado democrático y legitimación política. 4.- Participación informada a través y para la transparencia. 5.- Discusión y conclusiones. –Bibliografía.

[1]Catedrático de Derecho Constitucional y Responsable del área de Derecho Constitucional de la Universidad CEU San Pablo. Investigador Principal de varios proyectos de investigación competitivos financiados por instituciones públicas nacionales y autonómicas. Tres sexenios reconocidos por el CNEAI.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

Transparency and accountability in the face of the legitimacy crisis of the democratic state

ABSTRACT: Democracy and its constitutional concretion, the democratic state, require reaffirmation mechanisms in the face of the crisis of legitimacy suffered by this model of political organization. This paper proposes new approaches to transparency as the foundation of representative democracy, combining Klitgaard's corruption equation with Beetham's legitimacy components. The transcendence of the right to information is claimed to allow enlightened participation as a basis for the demand for greater transparency and accountability. The work is completed with a proactive approach to institutions of indirect democracy as Rosanvallon explain, which can increase transparency and accountability and allow greater involvement of civil society and citizens in all areas of the "res publica".

KEYWORDS: Transparency, accountability, democratic state, legitimacy, right to information.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

1.- Introducción

Hablar de la interconexión entre transparencia y Estado democrático es necesario, pues a pesar de que las innegables relaciones sinalagmáticas entre ambas nociones, no se ha estudiado por la doctrina con tanta frecuencia como su importancia parece indicar. El propósito del presente trabajo es abordar cómo la transparencia en sus diversas manifestaciones es consustancial al Estado democrático coadyuvando a su reforzamiento al favorecer la participación informada de los ciudadanos. En una época en la que la desafección política, entendida como un fenómeno relativamente reciente de distanciamiento de la ciudadanía con respecto a la política en las democracias liberales (Pérez Díaz y Rodríguez, 2017: 5), es uno de los rasgos definitorios de los sistemas democráticos actuales, hacer un diagnóstico de dicha desafección es complejo debido, sobre todo, a la pluralidad de elementos que configuran la crisis de este modelo político. Podríamos partir de las dudas sobre el sistema de partidos de masas, configurado en unas circunstancias históricas determinadas que han evolucionado hasta producir una disonancia entre la forma de entender la política en la actualidad y los partidos políticos como instrumento de intermediación entre la ciudadanía y el poder político. Esta circunstancia debe enmarcarse en un contexto más amplio donde hallamos también una disminución de la importancia de las instituciones de intermediación que han definido a la democracia como sistema de organización política en el siglo XX (Sánchez-Cuenca, 2022), y que ejemplifica también la pérdida de centralidad en el debate de los medios de comunicación tradicionales en una esfera pública cada vez más virtualizada (Palau-Sampio y López-García, 2022). Las democracias actuales, acechadas por populismos de toda índole y por una banalización de la participación política auspiciada por las redes sociales, requieren de una relegitimación del poder político a través de una potenciación de la transparencia y la rendición de cuentas.

Esta desafección hacia los principios en que se fundamenta el Estado democrático reconocido en el art.1.1. de nuestra Constitución española de 1978, corre el riesgo de poner en primer plano lo impolítico (Rosanvellon, 2007) que denuncia el sometimiento de las acciones políticas a intereses particulares convirtiendo a los ciudadanos en consumidores exigentes que rechazan la participación (Annunziata, 2016: 55). El presente trabajo pretende ofrecer propuestas ante la problemática que supone que el ideal democrático del poder visible se encuentre en trance ante formas que lo debilitan como el *subgobierno* (poderes económicos que influyen la toma de decisiones), *criptogobierno* (los sistemas de inteligencia y seguridad de los Estados) y el *poder omnividente* (la capacidad del poder político de conocer datos y hechos privados y particulares de los ciudadanos) (Bobbio, 1989: 101-104). Nuestra hipótesis de trabajo plantea como una apuesta por la transparencia y la rendición de cuentas, como elementos consustanciales al sistema democrático, podría dar

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

solución a esta realidad, pues "no cabe hablar de ciudadanía hasta tanto la publicidad activa se convierte en principio organizativo del Estado" (Habermas, 1981: 139).

Partiendo de estos postulados, el presente trabajo tiene como propósito principal destacar la importancia de la transparencia y la rendición de cuentas como fundamento del Estado democrático, además de intentar justificar cómo ambos actúan como revulsivos frente al proceso de desafección política. En este sentido, los principales objetivos de este trabajo serán establecer: 1) Cómo el fomento de la inclusión ciudadana en la toma de decisiones mejora la calidad democrática; 2) Que la transparencia permite el control de la acción de los poderes públicos ante los riesgos de la corrupción o discrecionalidad; y 3) Que la transparencia posibilita una participación colectiva informada como elemento fundamental en el modelo de Estado democrático. Para Cordero (2008: 59) "se debe considerar que la transparencia es una herramienta clave, pero no suficiente, para asegurar la higiene democrática, así como para la participación e involucración de las personas en la gestión de lo público, en definitiva, en la legitimación real y social del comportamiento de los gobiernos, las instituciones públicas y políticas". Dader (2008: 98) llega a decir que "la transparencia de la acción público-administrativa y el ejercicio popular de la fiscalización de las actividades de repercusión en los derechos colectivos forman así parte de los principios democráticos, con la misma importancia que la libertad de expresión, de asociación o de participación política".

El principio democrático se entiende, por tanto, como "principio de participación", pues a través de la actuación directa de los ciudadanos en las tareas del Estado o, sobre todo, en la designación de quienes las realizan, se obtiene la conexión referencial entre gobernados y decisiones del gobierno propias de la democracia representativa (Garrorena, 2011a: 127).

Para el desarrollo de la siguiente investigación se han combinado diversas técnicas metodológicas, todas ellas propias del campo jurídico. Asumiendo el carácter de la ciencia jurídica como ciencia social y partiendo de la triple aproximación científica al objeto de estudio: descriptivo, explicativo y normativo (Bunge, 1995); adoptaremos un procedimiento de carácter normativo con la finalidad de presentar proposiciones prescriptivas con la finalidad de plantear la redefinición de determinados conceptos en el ámbito jurídico-político. En este sentido, este trabajo se enmarca en una aproximación cercana a la sociología del derecho, pues emplea referencias del ámbito social que permiten abordar una realidad no estrictamente jurídica pero cuyos resultados están ligados a la consolidación y perfeccionamiento de determinados conceptos de carácter político-constitucional. Siguiendo a Evan (1962: 1-11), se ha realizado un análisis que pretende dilucidar las diversas funciones desempeñadas por instituciones y sujetos en el sistema constitucional, de la interrelación existente entre instituciones vinculadas con la administración del

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

modelo político y de las clases de normas e interpretaciones que desarrollan, y un análisis institucional centrado en el estudio de la relación entre el Derecho y las otras instituciones de la sociedad.

Para ello, se han empleado fuentes de carácter primario, especialmente encuestas de instituciones públicas y privadas, que han permitido establecer las premisas básicas que sustentan nuestra hipótesis de partida como es la existencia de una desafección hacia la política que puede derivar en lo impolítico. Ante este diagnóstico, sustentado en los datos objetivos presentados, se ha procedido al empleo de diferentes fuentes secundarias, principalmente de carácter bibliográfico, con la finalidad de establecer una serie de propuestas de carácter prescriptivo mediante la interrelación de diversas teorías y su integración en un modelo general que vincule transparencia con participación informada en el contexto de Estado democrático. En este sentido, desde una perspectiva metodológica, una posible limitación de esta investigación es la necesidad de establecer mecanismos o métricas que permitan una valoración de la interrelación entre transparencia, participación informada y Estado democrático. Adaptando las propuestas de otras investigaciones que han trabajado, por ejemplo, la medición de la legitimidad (Von Haldenwang, 2016), se bosquejan futuras líneas de investigación como complemento necesario a las cuestiones abordadas en este trabajo.

2.- Transparencia vs. Acceso a la información: aportaciones a una recurrente delimitación conceptual

Parte de la dificultad para abordar la presente temática deviene de la conceptualización de la transparencia. Es necesario delimitar y fundamentar diversos conceptos cercanos y englobados, todos ellos, en el amplio ámbito de la transparencia y el derecho a conocer, interpelar y controlar la actividad de la Administración y resto de poderes públicos. Especialmente, la documentación que la actividad de éstos produce y recibe, bien sea endógena o exógenamente. Lo cierto es que el concepto de transparencia está ligado a un alto grado de apertura y accesibilidad a la actuación de las Administraciones públicas, entendidas en su sentido más amplio. Como indica Cotino (2005: 726), "el núcleo de la transparencia es el grado de información del gobierno y la administración que se hace disponible al público y, hay que adelantar, dicha información se hace disponible por dos razones básicas: tanto para poder controlar al gobierno y la administración cuanto para poder participar en los mismos". La vinculación entre transparencia y acceso a la información es innegable, y todo sistema institucional requiere para su legitimación, desde una aproximación democrática como garantía de buen gobierno, la apertura y transparencia de sus órganos. Partiendo del ejecutivo (Sierra, 2022), dicha transparencia debe extenderse al poder legislativo en el ámbito nacional (Nieto, 2020), al ámbito regional (Montero, 2021), pasando por el ámbito judicial (Simental, 2017) o incluso la Jefatura del Estado (Bataller, 2022). Pero también el

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

establecimiento de los medios necesarios para que toda iniciativa ciudadana de exigencia de información pública sea efectiva, combinándose la dimensión objetiva y subjetiva del derecho (Porras Martínez, 2014)

Suelen emplearse de forma habitual, en ámbitos no académicos, los conceptos de transparencia y acceso a la información como equivalentes, cuando no como sinónimos, o al menos siempre de forma conjunta, pero son nociones, como ya sabemos, que deben diferenciarse. Normalmente, la transparencia debe asociarse a una actitud de apertura por parte de la Administración y resto de poderes públicos, que hace notorias determinadas cuestiones, datos, informaciones o documentos que se encuentran en su poder; aunque podríamos diferenciar una transparencia impuesta (que implica el cumplimiento de mandatos legales o decisiones judiciales), de una transparencia voluntaria, aquella que supone la publicación de informaciones sobre las que no hay obligación legal de difusión. Por su parte, el acceso a la información implica la posibilidad de cualquier ciudadano de solicitar a la Administración y otros poderes públicos determinada información que ésta posea, teniéndose la obligación legal de aportarla, excepto en aquellos supuestos que la propia norma establezca que puede no entregarse la información en razón de la protección de determinados bienes jurídicos. Esta diferenciación ha sido categorizada por Guichot (2014) como: a) Trasparencia Proactiva, que es la obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer la información sobre sus actividades, presupuestos y políticas. b) Trasparencia reactiva, derecho de los ciudadanos a solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria. O, como indica Fernández Ramos (2002: 882), dentro de la etapa avanzada de los sistemas democráticos, podemos encontrar el reconocimiento de un derecho de acceso a la documentación pública -vertiente subjetiva- y del correspondiente principio de transparencia administrativa –vertiente objetiva- .

La importancia del derecho de acceso a la información, como mecanismo generador de transparencia, puede conducir a una discusión sobre si este derecho se encuadra en una concepción más garantista ligada a las libertades informativas u otra más vinculada al campo de Derecho Administrativo y a la acción de la Administración en el ejercicio de sus deberes de publicidad y trasparencia. Este debate ha sido abordado por la doctrina española encontrando posiciones en uno y otro sentido, no siendo el lugar ni el momento para entrar en dicha cuestión, cuyas posturas fueron ya resumidas acertadamente por Guichot (2003: 284). La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en su artículo 12, parece resolver esta cuestión al ligar el derecho de acceso al artículo 105.b de nuestra Constitución española de 1978, que reconoce el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, optando por una solución alejada de los estándares del derecho de acceso a la información que se propugna para las democracias avanzadas. Cierto es que la Ley no hace sino confirmar la doctrina

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

constitucional marcada por la sentencia 252/1988 del Tribunal Constitucional, de 20 de diciembre, que no enmarca el derecho de acceso a la información pública entre aquellos que posibilitan el planteamiento del recurso de amparo, lo que hubiese sido posible si se hubiese vinculado dicho derecho de acceso con el derecho a la información del artículo 20.1.d)., tal y como propone, entre otros, Fernández Ramos (2017: 200).

Abogamos por esta concepción, y valga como resumen de nuestra postura la modificación que realiza Fernando Rey (2014) del principio latino "*Quod omnes tangit ad ómnibus aprobabri debet*", transformándolo en "*Quod omnes tangit ad ómnibus cognitum ese debet*". Fundamenta así el derecho de acceso a la información como derecho fundamental derivado del derecho a recibir información (art.20.1.d CE) y del derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE), lo que nos permitirá enlazarlo con la idea del transparencia como criterio fundamental de la participación ciudadana en el Estado democrático, como veremos más adelante.

Consideramos también que la diferencia entre el acceso a la información y la transparencia puede estar referido a su papel en el proceso de interpelación a los poderes públicos. El primero de ellos puede entenderse como el instrumento en poder de la ciudadanía para forzar a los órganos públicos a suministrar información. Por su parte, la transparencia es la consecuencia de dicha acción, convirtiendo a los poderes públicos en más transparentes. Dichas iniciativas se completan con la rendición de cuentas, vinculado más a la explicación de determinadas iniciativas de los poderes públicos, quienes justifican el uso de los poderes implícitos concedidos por la ciudadanía respecto a los compromisos adquiridos, tanto en la ejecución de políticas públicas como respecto al uso de los presupuestos asignados. Existe pues una relación de causalidad, donde derecho de acceso a la información pública y rendición de cuentas tienen como efecto la transparencia institucional.

Es innegable cómo el acceso a la información coadyuva a la transparencia, pero esta cuestión ha sido debatida suficientemente por diferentes expertos en la materia y queremos evitar la inelegancia de la reiteración. Por tanto, este trabajo se centrará en la relación sinalagmática entre Estado democrático y transparencia, y cómo esta puede ayudar a un afianzamiento de aquel. Todo ello a pesar de corrientes, ciertamente minoritarias, que plantean lo que Rodrigo de Castro (2022: 169-170) denomina la "paradoja incompatibilista" entre derecho de acceso y práctica democrática, y cuya argumentación queda desmantelada por el citado autor.

Para ello, partimos de la visión de la transparencia como "el flujo incremental de información oportuna y confiable de carácter económico, social y político, accesible a todos los actores relevantes, información que, en el ámbito de lo público debe permitir evaluar a las instituciones que la aportan y formar opiniones racionales y bien sustentadas a quienes deciden y a quienes participan o son objeto de la decisión" (Villoria Mendieta y Cruz Rubio, 2014b, 5). De esta definición podemos

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

deducir los dos elementos claves que nos permiten relacionar la transparencia con el Estado democrático: la participación informada y la evaluación y control de las instituciones, vinculados con los derechos del art. 20.1.d) y 23 de la Constitución española de 1978. La primera de ellas la ponemos en relación con el derecho a la información reconocido en el artículo 20.1.d), en el entendimiento que sólo desde el conocimiento de la realidad política y social, la participación en democracia en sus diversas modalidades puede ser real y no únicamente formal. El derecho a recibir información permite la participación ilustrada de los ciudadanos en los asuntos públicos, y sobre la base de dicho conocimiento fundamentar la evaluación y control de las instituciones en el cumplimiento de sus funciones y deberes. En definitiva, a mayor conocimiento, mejor participación. Mejor participación implica mayor control institucional, que se concreta en un aumento de la exigencia de transparencia y rendición de cuentas.

3.- Transparencia, Estado democrático y legitimación política

Recientemente, en el contexto de la crítica a la democracia representativa se está produciendo una aproximación a la transparencia y el gobierno abierto ("forma de gobernanza de las Administraciones más transparente, colaborativa, ética y con una rendición de cuentas más clara" [2]), desde un concepto democrático expansivo o de empoderamiento ciudadano (Sandoval Ballesteros, 2013). Si bien es cierto que el Estado democrático hunde sus raíces en la idea de participación ciudadana que debe ir más allá de su participación periódica en las consultas electorales, si queremos un verdadero *status activae civitatis* en la línea explicitada por Jellinek, es necesario que el ciudadano tenga un conocimiento real, plural y accesible de las actividades, acciones y decisiones de los distintos poderes públicos. Así, son constantes las llamadas a una democracia más directa sustituta del modelo representativo, lo que Sartori llama, no sin cierto desdén, *direttismo* (Sartori, 1999: 2). Quizá no sea aquí el momento de realizar una defensa de la democracia representativa que el citado profesor italiano achaca a una combinación de ignorancia y primitivismo democrático, pero los diversos intentos de participación ciudadana directa en la toma de decisiones en España son suficientemente representativos de la falta de madurez de estas propuestas o la falta de sensibilización pública al respecto[3].

La transparencia trae consigo la legitimación del poder público ante la sociedad, pues posibilita la participación informada de los ciudadanos en todos los asuntos de

[2]Definición que puede encontrarse en https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto.html (Consultado el 13 de noviembre de 2022).

[3] En Madrid, los presupuestos participativos en el año 2019 sólo consiguieron una participación de 74.683 ciudadanos, de los más de dos millones censados en Madrid con posibilidad de participar.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

transcendencia colectiva,, y por último, capacita a los administrados para vigilar la acción de gobierno. Como nos indica Villoria (2014b: 7), la transparencia sólo relegitima al gobierno o reduce la corrupción si, al tiempo, se mejora la rendición de cuentas reduciendo el desapego político e institucional. Si se incrementa la transparencia probablemente la sociedad civil encontrará ineficiencias y actos no muy honestos, y si ante ello la Administración no da las explicaciones adecuadas y asume sus responsabilidades, entonces se producirá el efecto contrario, deslegitimándose aún más el Gobierno. Ya Kant (1985: 61-62) nos explicaba cómo "son injustas todas la acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados".

Sólo desde la inclusión de la ciudadanía a través del conocimiento de la acción pública, como presupuesto de la participación, puede acometerse la titánica, al tiempo que urgente, tarea de relegitimación del poder político. La representación (directa -legislador- o mediata -gobernante), implica una delegación de poder fundada en la confianza que merecen los representantes a las personas que los representan (Sánchez Agesta, 1983: 269). En este contexto, creemos necesario exponer la concepción de legitimidad expresada por Beetham (1991), que se fundamenta en tres componentes: 1) El primer elemento, la conformidad del poder con las normas o con el derecho legalmente definido, que nos conduce a la idea del Estado de Derecho, como sustento del modelo de convivencia democrática en el marco de la ley. 2) El segundo elemento implica la necesidad de una adecuación de las normas imperantes con el modelo de creencias predominante en dicha sociedad, como único camino para el cumplimiento de dichas normas y que nos remite a la idea de Constitución normativa de Loewenstein. 3) El tercer condicionante es una derivación o conclusión de los dos anteriores, suponiendo el acatamiento por parte de los gobernados de dichas normas impuestas por el poder.

Dicha conformación puede ponerse en relación con la famosa ecuación de la corrupción de Klitgaard (1988): C = M+D-A; es decir, la corrupción (C), equivale a monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos rendición de cuentas (A). En este sentido, el primero de los componentes de la legitimidad de Beetham lo asociamos con la D de la ecuación de Klitgaard: obediencia y sometimiento del poder a la ley implica la eliminación de la discrecionalidad. Por su parte, la M la vinculamos con el segundo componente de Beetham: si las decisiones políticas deben adecuarse al modelo de creencias dominante se elimina el monopolio de la decisión reforzándose los principios de la representación. Mientras que la evitación de ambos (M y D) trae como consecuencia la A: la rendición de cuentas que es condición para que el tercer condicionante de Beetham se cumpla mediante la aceptación de la ciudadanía de decisiones transparentes y públicas reflejo de los intereses comunes.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

Gráfico 1

Elaboración propia

Abordando el primero de los componentes de Beetham vinculado a la actuación discrecional de los poderes públicos, desde la perspectiva constitucional, esa idea de legitimidad se vincula con el sometimiento de todos los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1. CE), eliminando dicha discrecionalidad en la línea del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978. Este principio, se encuentra en la base del concepto de Estado de Derecho, que se manifiesta en la confianza en una limitación racional del poder a través del Derecho y en la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular nacida de la institución parlamentaria (Garrorena, 1988). Sin confianza ciudadana en la labor legislativa desarrollada por las Cortes (la primera de las enunciadas por el punto 2 del artículo 66 de la Constitución), la idea de legitimidad del poder político quiebra en uno de sus pilares esenciales (Sánchez de Diego, 2022: 104). El principio de legalidad en palabras de Garrorena supone el principio de superioridad de la ley sobre los demás órdenes de autoridad del Estado (Garrorena, 2011b: 385); entendiendo la ley, como expresión de la voluntad popular, y que implica que "Estado de Derecho y Estado democrático se convierten, pues, en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático es, por definición, un Estado que no es de Derecho, independientemente de que se mantengan algunos elementos del Estado de Derecho característicos de los momentos anteriores" (Pérez Royo, 2011: 187).

La Organización de las Naciones Unidas (s.f.)[4] propuso una serie de principios para definir las características de la buena gobernanza desde el punto de vista de las relaciones entre el Estado y la sociedad, y entre ellos incluyó el Estado de Derecho como imparcialidad, orientado a la existencia del principio de legalidad, entendido como la existencia y aplicación de mecanismos de control del poder en el Estado.

[4] Pueden consultarse esos principios en https://www.ohchr.org/es/good-governance/about-good-governance (Consultado 15 de noviembre de 2022)

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

Como nos dice Sánchez Agesta (1991: 90), el "Estado de Derecho es un problema ético general que ilumina la evolución del Derecho público de occidente: la necesidad de someter al poder público al Derecho". También en el Informe sobre el Estado de Derecho de la Comisión Europea (2021)[5] entre los principios fundamentales de dicho Estado de Derecho se encuentran los principios de legalidad, seguridad jurídica, prohibición del ejercicio arbitrario del poder ejecutivo, tutela judicial efectiva por órganos jurisdiccionales independientes e imparciales que respeten plenamente los derechos fundamentales, separación de poderes, sujeción permanente de todas las autoridades públicas a las leyes y los procedimientos establecidos e igualdad ante la ley.

Así lo entiende también nuestra Constitución de 1978, pues la fundamentación del principio de legalidad podemos encontrarla como realización jurídica del principio político de expresión de la voluntad del titular de la soberanía, y, por tanto, refleja la preponderancia del Parlamento, como órgano que encarna esa voluntad soberana, en su elaboración, que según Alzaga (1996) implica que la ley no puede ser *voluntas* desnuda, sino que ha de ser *ratio* y nace dotada de la legitimidad que, surge tras un debate abierto sobre la oportunidad y acierto de sus contenidos dispositivos entre mayoría y oposición. Para Naciones Unidas, la idea de buena gobernanza también se concreta en instituciones como la ley en sentido genérico, la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, la disponibilidad de recursos que protejan derechos, y, en general, la concepción de la igualdad formal frente a las manifestaciones de agresión del poder. La noción de igualdad como mecanismo de control y limitación del poder debe ponerse en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad, contemplado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución y cuya autoría se atribuye pacíficamente al profesor García de Enterría (1959). La obligación de evitar la arbitrariedad surge, en primer lugar, del principio de igualdad ante la Ley reconocido constitucionalmente y preservado por el recurso de amparo constitucional. Pero, además, la evitación de la arbitrariedad en la aplicación de la Ley tiene un fundamento claro en el principio de seguridad jurídica, suponiendo además un reforzamiento de éste. Queda por tanto establecido como el principio de legalidad es antítesis de la discrecionalidad (la D de la ecuación de Klitgaard), y sólo desde el respeto a la ley y la conformidad del poder con el Estado de Derecho (primer componente de la legitimidad de Beetham), los poderes públicos, y especialmente, los representantes políticos pueden obtener la legitimidad que fundamenta su función en un Estado democrático.

El segundo elemento que configura la idea de legitimidad de Beetham, la adecuación de las normas imperantes con el modelo de creencias predominante en

[5]COMISIÓN EUROPEA. 2021. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Estado de Derecho de la Unión Europea*. COM (2021) 700 final.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

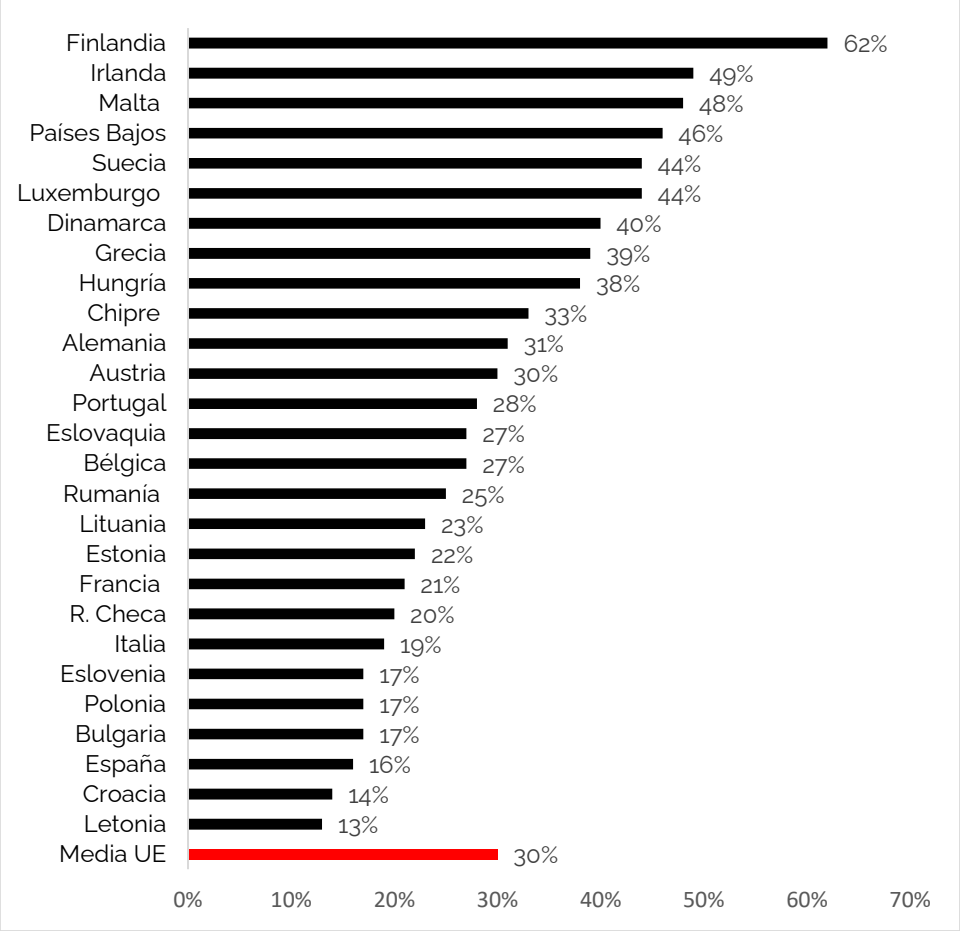
CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

dicha sociedad y por tanto la ruptura del principio del monopolio de la decisión (M en la ecuación de Klitgaard), implica la toma en consideración de las opiniones de los ciudadanos. Se trata de otro elemento donde se muestra la quiebra de la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos. Según el último Barómetro Global de Corrupción publicado por Transparency International (2021)[6], sólo un 14% de los ciudadanos españoles consideraban que los gobiernos tienen en cuenta sus puntos de vista en la toma de decisiones, colocándose España en antepenúltimo lugar entre los países miembros de la UE.

Gráfico 2: Toma de decisiones inclusiva por país (UE)

Porcentaje de ciudadanos que piensa que sus gobernantes tienen en cuenta sus puntos de vista cuando toman decisiones



Fuente: Global Corruption Barometer 2021 (Transparency Internacional)

[6] Los datos del Barómetro Global de Corrupción pueden consultarse en https://www.transparency.org/en/gcb (Consultado 15 de noviembre de 2022)

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

Por su parte, el anteriormente mencionado Informe sobre la situación del Estado de Derecho en la Unión Europea de la Comisión Europea (2021)[7] insta a la adopción de medidas para seguir mejorando los procesos de elaboración de políticas basadas en datos contrastados y consultas y participación de las partes interesadas, a fin de garantizar que las leyes sean fruto de un extenso debate en la sociedad, aspecto sobre el volveremos en el último epígrafe de este trabajo. En nuestro país, en consonancia con esta idea, se ha aprobado el nuevo IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024 con vistas a fortalecer los lazos entre los ciudadanos y las autoridades públicas, así como a aumentar la participación ciudadana en la formulación de políticas públicas, "reafirmando su compromiso de promover de forma continua los valores de la transparencia y la rendición de cuentas y la participación ciudadana", que sin embargo creemos no será suficiente sin una verdadera conciencia conjunta (instituciones-ciudadanía) sobre la esencialidad de la transparencia.

En una línea similar se pronuncia la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción[8] que en su capítulo segundo, al exponer las medidas contra la corrupción incluye en su artículo 10 la recomendación de que los Estados adopten las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su Administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones. En este último sentido, Anderica (2020: 89) realiza una propuesta de medidas que aprobadas por los gobiernos asegurarían la recopilación de información relativa a los procesos de tomas de decisiones, incidiendo en el objetivo de lograr la mayor trazabilidad en la toma de decisiones públicas como elemento consustancial del principio de transparencia.

La distancia entre la actuación de nuestros representantes y la impresión de los ciudadanos sobre dicha labor es sintomática de la desafección hacia el poder político. Según el citado Barómetro Global de Corrupción de 2021[9], en España, un 34% de la población consideraba que el Presidente del Gobierno era corrupto y un 31% que lo eran los miembros del Parlamento. Específicamente sobre el porcentaje de ciudadanos españoles que consideraba que la corrupción en el Gobierno era un gran problema, este se elevaba hasta un 85% de los encuestados.

[7]COMISIÓN EUROPEA. 2021. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Estado de Derecho de la Unión Europea*. COM (2021) 700 final.

[8]NACIONES UNIDAS. 2004. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito.

[9] Se puede consultar el Barómetro Global de la Corrupción en el siguiente enlace en https://www.transparency.org/en/gcb (Consultado 15 de noviembre de 2022)

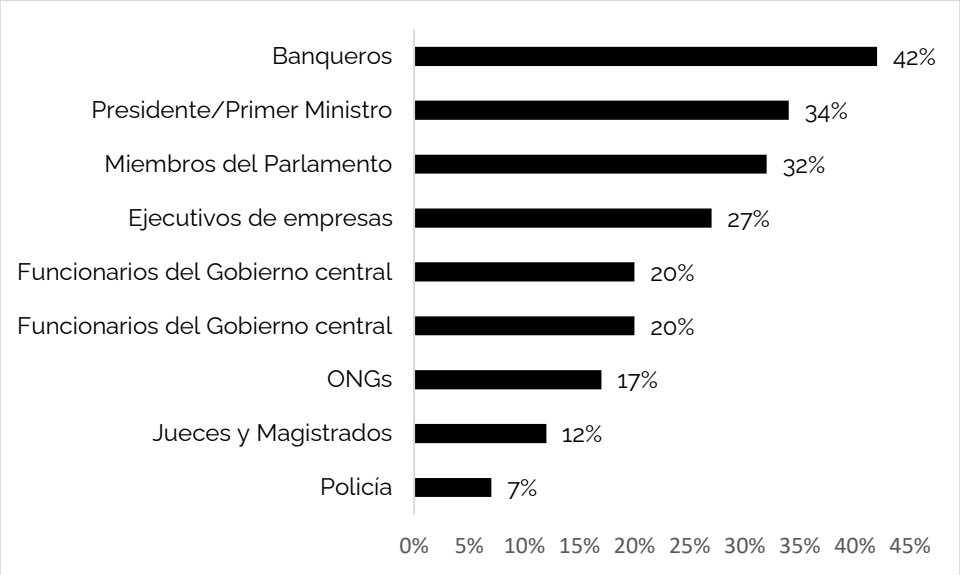
Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

Gráfico 3: Corrupción por institución en España

Porcentaje de personas que piensan que la mayoría o la totalidad de miembros de ese grupo o institución está envuelto en temas de corrupción



Fuente: Global Corruption Barometer 2021 (Transparency Internacional)

Encontramos también como prueba de la desconfianza en las instituciones políticas los resultados del Eurobarómetro Estandar nº 96 de la Comisión Europea (2021)[10], donde los resultados para España muestran una amplia desconfianza, por este orden, en los partidos políticos (90% del total de encuestados), en el Congreso de los Diputados (81% del total de los encuestados) y en el gobierno (76% de los encuestados). Tres de las instituciones básicas de configuración constitucional vinculadas intrínsecamente al concepto de Estado democrático.

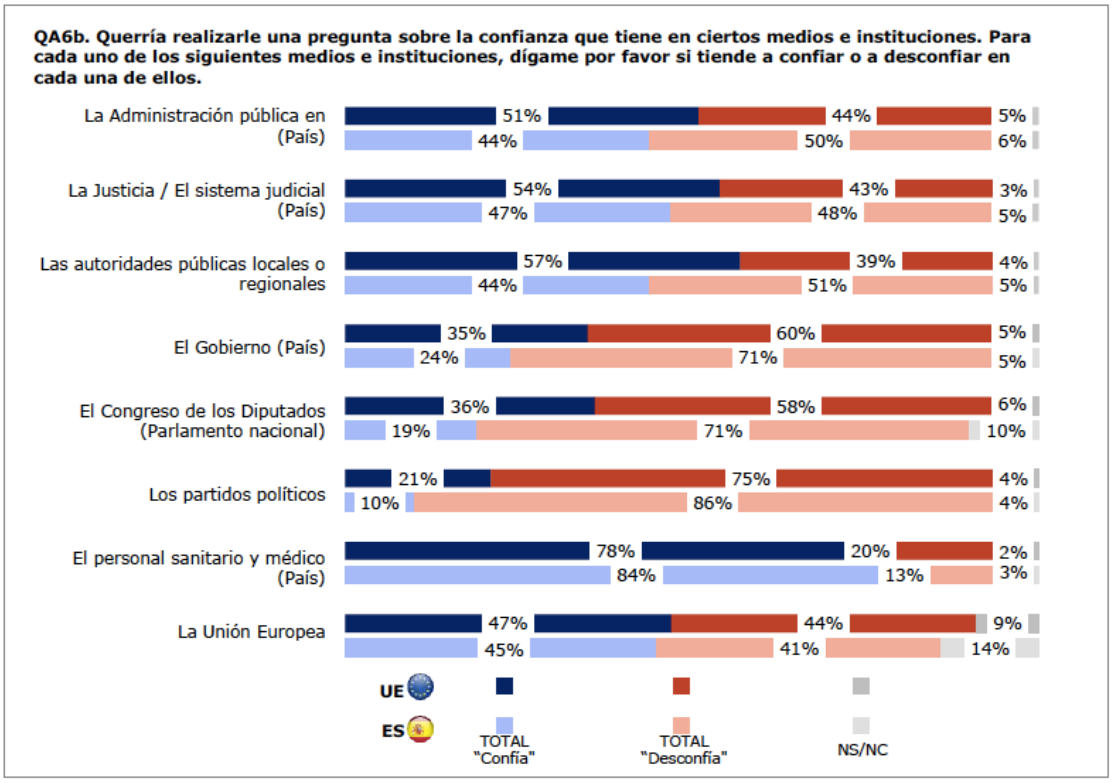
[10]COMISIÓN EUROPEA. 2021. *Eurobarómetro Estándar 96 (Invierno 2021-2022) Opinión Pública en la Unión Europea, Informe nacional España*. Bruselas: Comisión Europea.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

Gráfico 4: Confianza institucional en España



Fuente: Eurobarómetro Estandar nº 96 (pág.12)

Con la finalidad de evitar el resultado de la ecuación de la corrupción de Klitgaard, y entendiendo la corrupción como el abuso de poder para beneficio privado (al margen de las posibles responsabilidades legales), la labor de la rendición de cuentas y la transparencia se convierten en el principal ariete para atajar este serio desafío que es la corrupción y el abuso de poder para todas las sociedades, una de la principales causas de desafección democrática, como muestran los datos presentados. Actúa además la corrupción como un lastre para el crecimiento económico, al generar incertidumbre en el negocio, ralentizar los procesos e imponer costos adicionales. En este sentido, llevar la calidad institucional en España al nivel que le correspondería de acuerdo con la productividad de su economía, supondría un incremento potencial a largo plazo del PIB per cápita de alrededor del 20% (del 10,7% bajo los supuestos más conservadores y del 30,4% bajo los supuestos más optimistas). Si el impacto se produjera a lo largo de un período de unos 15 años, esto significaría una elevación del crecimiento medio anual de la economía durante ese período en torno a 1,2 puntos porcentuales (Alcalá-Agulló y Jiménez-Sánchez, 2018).

Si la corrupción tiene en la transparencia a su némesis, la generalización de ésta supone un elemento clave para recuperar la confianza de la ciudadanía en los

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

poderes públicos. Siguiendo a Villoria Mendieta (2014a), el principio de transparencia perseguiría tres objetivos básicos: 1) recuperar legitimidad para la acción de gobierno reduciendo la desconfianza política e institucional; 2) entorpecer la aparición de prácticas corruptas; y 3) reforzar la eficiencia gubernamental, gracias a los incentivos y desincentivos que la transparencia genera.

La transparencia es el ingrediente consustancial en la lucha contra la corrupción y en relación con la democracia y con la legitimidad de los poderes públicos, tiene efectos positivos para la rendición de cuentas, fomenta una participación no manipulada, evita la generación y mantenimiento de prácticas corruptas y mejora la gestión del gobierno en términos de eficiencia y eficacia. La rendición de cuentas (A en la ecuación de Klitgaard) trae consigo una mayor confianza en el poder y ello conduce al último componente de legitimidad de Beetham. En este entendido, la transparencia y la rendición de cuentas en el marco de las instituciones estatales posibilita la creación de una conciencia informada del ciudadano, quien podrá ser partícipe de la toma de decisiones en los asuntos que le conciernan. La importancia de una ciudadanía informada como fundamento de la participación en los asuntos públicos se concreta así en una adecuada exigencia de dación de cuentas y transparencia de los poderes públicos.

4.- Participación informada a través y para la transparencia

En las democracias representativas actuales, la capacidad de incorporación de formas de democracia directa son escasas, especialmente en nuestra Constitución de 1978, que a pesar de indicar, en su artículo 23, que "los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes", la realidad como indica Garrorena (2011a: 128) es que se inclina por un modelo bastante cerrado de "democracia representativa" (exclusión del referéndum legislativo en el art. 92; fuertes exigencias y exclusiones a la iniciativa popular en los arts. 87.3 y 166; control absoluto de la clase política de tales mecanismos…). No puede obviarse los cantos de sirena hacia nuevas formas de participación directa que encontramos tanto en la doctrina científica como en los mismos representantes políticos. Desde las comparecencias de grupos sociales ante las comisiones legislativas correspondientes, las audiencias ciudadanas, las enmiendas ciudadanas a proyectos y proposiciones de ley; hasta la posibilidad del control de los gobiernos mediante preguntas de los ciudadanos, pasando por nuevas regulaciones de la iniciativa legislativa popular o el referéndum, recogidas todas ellas por Garrido (2021). Las medidas de democracia directa requieren de un ciudadano informado, y si no es así están condenadas al fracaso, pues un sistema en que los decisores no saben nada de las cuestiones sobre las que van a decidir "equivale a colocar la democracia en un campo de minas" (Sartori, 1999: 7), dejando dicha participación directa en manos de los pocos que la reclaman porque de esta

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

forma sustituyen a los representantes convirtiéndose dicha minoría participante en la "voz del pueblo".

Es por ello que adquiere mayor trascendencia el ejercicio de los derechos de participación indirecta en los asuntos públicos reconocidos en nuestra Carta Magna, sustentados sobre el conocimiento y comprensión de las funciones ejercitadas y las decisiones adoptadas por los Poderes públicos. Como indica Aragón (2018, 33-34) cabe subrayar que la «primacía» (mejor sería decir el carácter de regla general) de «los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» ha sido un pronunciamiento reiterado en la jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3). Por lo demás y con carácter más general, el Tribunal Constitucional ha reconocido las características básicas de nuestra democracia constitucional en los siguientes términos (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2):

«Nuestra democracia constitucional garantiza, de manera muy amplia, la participación de los ciudadanos en la vida pública y en el destino colectivo, decidiendo estos, periódicamente, a través de las elecciones de representantes en las Cortes Generales (arts. 68 y 69 CE), en los Parlamentos autonómicos (art. 152.1 CE y preceptos de todos los Estatutos de Autonomía) y en los Ayuntamientos (art. 140 CE), acerca del destino político de la comunidad nacional en todas sus esferas, general, autonómica y local. Más aún, la Constitución incluso asegura que solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución, (art. 168 CE). Nuestra Constitución garantiza, de esa manera, a través de los procedimientos previstos en ella, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, uno de los sistemas democráticos más plenos que cabe encontrar en el Derecho Constitucional comparado. Se trata de una democracia representativa como regla general, complementada con determinados instrumentos de democracia directa, que han de operar, como es lógico y constitucionalmente exigido, no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa.»

Ante el descrédito que en la opinión pública posee la democracia representativa Rosanvallon (2015: 214) establece unos criterios que permiten valorar la calidad de la democracia, tales son la legibilidad, la responsabilidad y la responsividad, que vinculamos a la importancia de la transparencia para consolidar este modelo de gobierno. La legibilidad implica la posibilidad de que los ciudadanos tomen conocimiento por sí mismos del funcionamiento de las instituciones democráticas. Rosanvallon realiza una importante vinculación entre este criterio democrático y el principio de transparencia (Pomed, 2018: 161). Plantea la necesidad de superar el derecho de acceso a la documentación como derecho individual para objetivarlo en su vertiente supraindividual; que la base de toda democracia representativa debe

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

basarse en la elección ilustrada (elección informada en palabras del autor francés); y, por último, que la información válida es aquella que permite su contextualización e interpretación adecuada[11]. El criterio de la responsabilidad se logra mediante el empleo de información de calidad que permita no sólo la elección adecuada, sino también la identificación de los responsables de las decisiones en un entorno caracterizado por la opacidad de las decisiones, sustituyendo la noción de gobierno (de carácter político) por la de gobernanza (con matices gerenciales). La falta de respuesta de la ciudadanía en una situación de atrofia política impide las acciones de responsividad como acción frente a los poderes públicos, como exigencia de dación de cuentas y corolario de los criterios anteriores.

Por ello, consideramos que, en democracia, la transparencia no es un valor absoluto *per se*, sino que requiere de una serie de prerrequisitos para que su utilidad sea real. Conocer las actuaciones, iniciativas, documentos o acciones de los poderes públicos es un primer paso, pero debe completarse con la capacidad de interpretar y comprender tales actuaciones, en las que la formación ciudadana y el papel de los actores de intermediación democrática es fundamental (principalmente los medios de comunicación en todas sus versiones). En la línea de Dahl (1999), para que una democracia puede considerarse como tal, la representación resulta necesaria para la participación efectiva y el control ciudadano del programa de acción; las elecciones libres, limpias y periódicas también son necesarias para la participación efectiva y la igualdad de votos; y la libertad de expresión, las fuentes independientes de información y la libertad de asociación son todas necesarias para una participación efectiva, un electorado informado y el control ciudadano del programa de acción.

El elector informado se convierte en clave de todo modelo de transparencia del poder en democracia donde se sitúa en un lugar esencial el derecho a la información, reconocido como derecho fundamental en el art. 20.1.d) de nuestra Carta Magna, y que según la cláusula interpretativa del art.10.2 de la propia Constitución debe incluir el derecho a buscar información tal y como aparece recogido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Abad, 2021). Sin duda alguna, el derecho a la información, entendido en su doble vertiente activa y pasiva, es un elemento crucial en el desarrollo de la transparencia. Si bien en múltiples ocasiones se ha confundido con el derecho de acceso a la información, su esencia y su finalidad son muy diferentes. Desde un principio, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que el artículo 20, "además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública

[11] Cuestión compleja en tiempos de *fake news*, posverdad, redes sociales, filtros burbuja, sobreinformación y demás elementos que inciden en la polarización a fuer de banalización del debate público en la esfera digital.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas", pues "el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político" (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6º)

Así, junto a la dimensión personal del derecho a la información podemos encontrar la dimensión social, o como ha indicado Solozabal (1988: 146), "la significación social y política de los derechos de comunicación, que deriva de su utilización masiva y de su contribución a la formación de la opinión pública, al influir en la actuación de los órganos estatales y en el comportamiento electoral de los ciudadanos, no es capaz de transformar la naturaleza jurídica de los mismos, aunque sí permite hablar de una dimensión institucional de estos derechos fundamentales, que resulta de su conexión no sólo con la dignidad de la persona, de la que son manifestación inmediata e imprescindible, sino de su relación con el principio democrático, que ayudan decisivamente a realizar".

Vinculado a la transparencia ha sido conceptualizado el derecho a la información por la profesora Sánchez Ferriz (2004:85), quien ha establecido que "en sentido riguroso el derecho a ser informados se tiene, personalmente, respecto de todo aquello que nos afecte y ante lo que podemos esgrimir interés legítimo en conocer (datos informáticos, personales, expediente administrativo, acusación, etc.), y políticamente, (como colectivo y también como miembros de la comunidad política) de todo cuanto afecte a la convivencia política. Por ello, y en la misma medida en que las funciones estatales han aumentado extraordinariamente y la acción política se expande a lo largo y ancho de las sociedades contemporáneas, la complejidad de éstas, y la expansividad de la presencia pública en la sociedad, hace que resulten de interés asuntos aparentemente económicos o incluso personales cuando se trata de cargos públicos o asimilados (vidas privadas de grandes banqueros o de representantes de las más altas instituciones) que en otras épocas no se hubieran considerado públicos".

En el mismo criterio insiste la STC 165/1987, de 27 de octubre, al afirmar que "la libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, puesto de manifiesto por la STC 104/1986, de 17 de julio, viene determinado por su condición

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción" (FJ 10º). La función de la prensa (en su acepción amplia) es para el Tribunal Constitucional un actor clave en el funcionamiento del Estado democrático. Quizás estas palabras compendien la relación causal entre pérdida de centralidad en el debate de los medios de comunicación y desafección política.

Transparencia y derecho a la información son aliados imprescindibles en el modelo de Estado democrático. Como indica el Tribunal Constitucional referido a las libertades de expresión y de información, pero predicable igualmente de la transparencia, posibilita "el reconocimiento y la garantía de una *institución política fundamental*, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático". (STC 6/1981, FJ 3º). Sin dación de cuentas, sin acceso a la información, sin pluralismo informativo, sin libertad de expresión, la transparencia se convierte en una vana utopía. Y ello impide una verdadera opinión pública libre que es sustento de nuestro sistema democrático.

Este derecho a la información de los individuos deben situarse en el centro de toda regulación que pretenda abordar la transparencia, que completando a Blanton (2002) podemos enunciar en los siguientes principios: a) la información no pertenece a los gobiernos sino a los ciudadanos; b) cualquier excepción al principio anterior debe ser limitada y prevista por la ley; c) dichas excepciones deben basarse en intereses públicos o derechos fundamentales expresados de forma precisa y no en vagas referencias a intereses generales; d) debe realizarse un juicio de proporcionalidad entre el posible daño derivado de la revelación de la información y la trascendencia pública que supone su desvelamiento; e) la garantía de la transparencia debe hacerse recaer en los jueces o tribunales o en autoridades realmente independientes no sometidos en modo alguno a ningún órgano de la Administración.

Sin transparencia, una gran parte de los derechos de participación política quedaría despojados de su esencia, puesto que, si no podemos acceder al flujo de informaciones confiables y oportunas de carácter económico, social y político, ¿cómo podremos organizarnos en asociaciones para la defensa o promoción de determinados postulados o ideas? (art.22 CE); ¿respecto a qué podremos mostrar nuestra repulsa, rechazo o apoyo en las calles o en las redes? (art. 21 CE); ¿bajo qué criterios podemos decidir si renovar la confianza en nuestros gobernantes o preferir una alternativa? (art.23 CE); ¿qué podremos pedir a nuestros gobernantes? (art. 29 CE). Todos ellos derechos esenciales en los que se manifiesta nuestra dimensión

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

como ciudadanos, y que se verían abocados a un simple reconocimiento normativo carente de todo sustento real y efectivo sin un conocimiento informado generado por la transparencia de los poderes públicos y vehiculado por el derecho a recibir y difundir información de los ciudadanos (art. 20.1.d).

5.- Discusión y conclusiones

Ahora bien, la existencia y el acceso a la información por sí sola no es suficiente, sino lo que hagamos con ella; por ello, la transparencia se enfoca hacia que dicha información permita la realización de dos tareas transcendentales para la propuesta relegitimadora del Estado (O'Donnell, 2003, pp. 34-54): por un lado, que la información sea accesible a todos, es decir, la ruptura de la exclusión social, que se manifiesta en la exclusión tecnológica, toda vez que la tecnología es el vehículo más importante para transmitir y manejar esa información. Por otro lado, la idea es que una vez que esa información sea accesible y comprensible sirva para sustentar las actuaciones de la ciudadanía en los diferentes campos donde se tomen decisiones sobre lo público, aunque también contribuyen al desarrollo de los individuos y las comunidades. En resumen, se pueden presentar cuatro razones que dan cuenta de por qué es importante la transparencia: 1. Es el primer paso hacia la rendición de cuentas. 2. Es esencial para la participación no manipulada. 3. Es importante para la eficiencia y eficacia del gobierno. 4. Es un elemento esencial para recuperar la legitimidad

La transparencia puede expresarse de diversas formas o modalidades que implican la profundización de los elementos del buen gobierno y de un modelo constitucional garantista (Ferrajoli, 2008). Los aspectos que deben tenerse en cuenta para el reforzamiento de estos elementos son la participación de la ciudadanía, la colaboración de la ciudadanía y la rendición de cuentas, como mecanismos de control de la función pública. Por el contrario, la evidencia muestra que la negación de los derechos y de canales de participación permanentes son causa de hambrunas y otros desequilibrios en el mercado al fomentar problemas en la información de los agentes económicos (Sen, 2000:187).

En el modelo sinalagmático entre transparencia y democracia, y ante las alternativas extremas, que van desde los procesos iliberales a la exigencia de diversas formas de participación directa, y que ponen en cuestión el funcionamiento de las instituciones democráticas, asumimos como elementos de reforzamiento de la legitimidad de la democracia representativa nuevas figuras propuestas por Rosanvallon (2009):

a) Organismos imparciales. Situados al margen de la lucha partidista y fundamentados en el equilibrio entre las diferentes partes involucradas. Se tratan de instituciones independientes de regulación y control, con miembros independientes en su composición, no electos popularmente, con un equilibrio

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

entre la designación política y la meritocrática. La clave de su funcionamiento es que la toma de decisiones tiene carácter deliberativo, son en palabras del autor francés, instituciones deliberativas-pluralistas. Implica detraer del conflicto político, del debate electoral basado en mayorías determinadas sobre cuestiones clave, sustituyendo los intereses por ideas fabricadas desde el consenso o por el consenso fabricado con ideas. En ellas, el debate puede ser privado pero las decisiones y los motivos técnico-racionales que las motivan deben ser objeto de la mayor transparencia posible, provocando una confianza originaria en ellas que les otorga una posición preferente en la consideración democrática ciudadana.

b) Instituciones reflexivas. La pluralidad ideológica y de intereses consustancial a la democracia suele concretarse en acciones concretas a través del juego de las mayorías derivadas de las consultas (electorales o de democracia directa). Frente a ello, en la democracia representativa (y aún más en los actuales tiempos de inmediatez tecnológica) se hace imprescindible repensar las decisiones, diversificar las aproximaciones y ampliar las perspectivas para lograr un acercamiento más complejo a las realidades analizadas. Estas instituciones reflexivas deben tener como vértice a los Tribunales o Cortes constitucionales, quienes deben enmarcar todo elemento de conflicto político jurídico en el oportuno cauce del respeto a la Constitución y en una interpretación *pro libertate* y *pro dignitae*. Esta reflexividad jurídica debe completarse con la acción de la sociedad civil a través de múltiples instituciones (ONGs, *Think Tanks*, Universidad, Centros de Investigación, Empresas, fundaciones, etc.). Se trata en definitiva de abordar las problemáticas desde una perspectiva más amplia, diversificando la deliberación y en último extremo obligando a los poderes públicos a argumentar, justificar sus decisiones y rendir cuentas de su labor.

c) Iniciativas de proximidad. La distancia entre el poder político y la ciudadanía está relacionada, en gran medida, con diversos factores, algunos de ellos evidentes como la configuración de la circunscripción electoral (a menor tamaño, mayor cercanía). Sin embargo, existen mecanismos participativos de carácter local que pueden compensar esta distancia. Las consultas ciudadanas (de escaso éxito en España y que tienen a Porto Alegre y sus presupuestos participativos como paradigma) son una forma de control directo de la acción de gobierno, que pueden servir para reforzar la transparencia de la acción de gobierno desde dos perspectivas: formando parte del proceso decisional y castigando/premiando a aquellas iniciativas políticas más transparentes y que en mayor medida rinden cuentas de sus acciones.

La transparencia es, por tanto, una de las principales herramientas con las que cuenta la democracia para volver a ilusionar a una ciudadanía desapasionada de la acción política. Como indica Minc (1994: 152), una democracia representativa cada vez más completa, una democracia social cada vez más sofisticada, una transparencia cada vez más incontestable constituyen el alfa y el omega de la modernidad pero, sin embargo, los logros de la democracia cada vez innegables, no

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

perdurarán sin una reflexión sobre sus fundamentos, donde se incluye indefectiblemente la transparencia.

Para que la transparencia pueda jugar su papel nuclear como valor consustancial al Estado democrático es necesario completarla con una serie de propiedades que permitan configurarla como elemento de participación ciudadana y control de los poderes públicos. La información generada a través de iniciativas proactivas o reactivas de transparencia de las instituciones requerirán así una adecuada comprensión por parte de sus destinatarios.

La participación informada es crucial para un adecuado aprovechamiento de la transparencia, donde el derecho a la información juega un papel esencial como instrumento de comprensión y entendimiento de la realidad social, política y económica. La transparencia debe, asimismo, apoyarse en instituciones de legitimación indirecta, que permitan completar la acción de los medios de comunicación en la explicación, reflexión y deliberación, produciendo consensos sobre aspectos esenciales de la acción política que permitan, basándonos en ellos, una verdadera exigencia de rendición de cuentas de los responsables políticos.

Nadie mejor que Hannah Arendt (1990: 10) para mostrarnos la importancia de la transparencia en democracia:

"Si la función del ámbito público es arrojar luz sobre los asuntos de los hombres proporcionándoles así un espacio de apariencias en el que puedan mostrar de obra y de palabra, para bien o para mal, quiénes son y qué pueden hacer, entonces la oscuridad ha llegado cuando esa luz se ha extinguido víctima de una "brecha de credibilidad" y de un "gobierno invisible", de un discurso que no revela lo que es sino que lo barre debajo de la alfombra, y de exhortaciones (morales o de otro tipo) que, bajo el pretexto de sostener viejas verdades, degrada toda verdad a una trivialidad sin sentido".

Bibliografía

ABAD ALCALÁ, L. 2021. "Communication Rights in the United Nations System: From Declarations to "Soft Law", en CORREDOIRA, L., BEL MALLÉN, I. y CETINA PRESUEL, R., *The Handbook of Communication Rights, Law, and Ethics. Seeking Universality, Equality, Freedom and Dignity*, New Jersey: Wiley Blackell, pp. 47-56.

ALCALÁ AGULLÓ F. y JIMÉNEZ-SÁNCHEZ F. 2018. *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España.* Madrid: Fundación BBVA.

ALZAGA VILLAAMIL, O. 1996. *Derecho político español, según la Constitución de 1978*. Madrid: EDERSA.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

ANDERICA CAFFARENA, V. 2020. "La toma de decisiones públicas: la zona gris de la transparencia institucional", *Revista Española de Transparencia* núm. 11: 75-11.

ANNUNZIATA, R. 2016. "La democracia exigente. La teoría de la democracia de Pierre Rosanvellon", *Andamios*. V.13, núm. 30: 39-62.

ARAGÓN REYES, M. 2018: "Comentario artículo 1", en RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I.* Madrid: BOE-Wolter Kluwers-Tribunal Constitucional- Ministerio de Justicia, pp. 29-60.

ARENDT, H. 1990. *Hombres en tiempos de oscuridad*. Barcelona: Gedisa.

BATALLER I RUIZ, E. 2022. "La problemática transparencia de la Casa Real: ¿sobreprotección de los poderes institucionales?", *Revista Española de la Transparencia,* núm. 14: 79-100

BEETHAM, D. 1991. *The legitimation of power*. London: Macmillan.

BLANTON, Thomas S. 2002. "The World´s Right to Know", *Foreign Police,* núm. 131: 50-58.

BOBBIO, N. 1989. *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

BUNGE, M. 1971. *La ciencia y su método.* Buenos Aires: Siglo XX.

CASAS BAAMONDE, M. E. 2018. "De los derechos y deberes fundamentales", en RODRÍGUEZ–PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y CASAS BAAMONDE, M.E. *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I.* Madrid: BOE-Wolter Kluwers-Tribunal Constitucional- Ministerio de Justicia, pp.199-211.

CORDERO SANZ, C. 2008. "Derecho de acceso a la información y transparencia: herramientas necesarias para la democracia en una sociedad abierta" en SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. (Coord.), *El derecho de acceso a la información pública,* Madrid: Universidad Complutense, pp. 55-67.

COTINO HUESO, L. 2005. "El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública", en PEÑA GONZÁLEZ, J. (Coord.). *Libro homenaje a D. Iñigo Cavero Lataillade,* Valencia: CEU-Tirant Lo Blanch, pp. 725-754.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

DADER, J.L., 2008. "El derecho de acceso a la información pública en España: una víctima de la sensibilidad políticamente correcta", en SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. (Coord.), *El derecho de acceso a la información pública,* Madrid: Universidad Complutense, 2008, pp. 97-121.

DAHL, R. 1999. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus.

EVAN, W. 1962. "Introduction, some approaches to the Sociology of Law", en EVAN, W. *Law and Sociology*, New York: The Free Press of Glencoe.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. 2002. "Algunas proposiciones para una Ley de Acceso a la Información", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. XXXV,* núm.105: 881-916

FERNÁNDEZ RAMOS, S. 2017. "El derecho fundamental de acceso a la información pública", *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (13): 188- 206.

FERRAJOLI, L., 2008. *Democracia y garantismo (ed. Miguel Carbonell)*, Madrid : Trotta.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ CARANDE, E. 1959. "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *Revista de administración pública* núm. 30: 131-166.

GARCÍA GARCÍA, J. 2014." Gobierno abierto: transparencia, participación y colaboración en las Administraciones Públicas*", Innovar, 24(54*): 75-88.

GARRIDO LÓPEZ, C. 2021. *"Crisis del paradigma representativo y propuestas de impulso de la democracia directa", Revista de Derecho Político* núm. 112: 139-173.

GARRORENA MORALES, A. 1984. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho.* Madrid: Tecnos.

GARRORENA MORALES, A. 2011a. "Estado Democrático", en ARAGÓN REYES, M. (Dtor.) y AGUADO RENEDO, C. (Codtor), *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I.* Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, pp. 124-131.

GARRORENA MORALES, A. 2011b. "Ley", en ARAGÓN REYES, M. (Dtor.) y AGUADO RENEDO, C. (Codtor), *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I.* Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, pp. 383-391.

GUEMES, C. 2018. "¿Qué ves? ¿qué ves cuando me ves?" confianza institucional y gobierno abierto", *Revista Española de la Transparencia* núm. 6 *:* 8-16.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

GUICHOT REINA, E. 2003. *"El nuevo derecho europeo de acceso a la información pública". Revista de Administración Pública* núm. 160: 283-315.

GUICHOT REINA, E., BARRERO RODRÍGUEZ, C. Y HORGUÉ BAENA, C. 2014. "Publicidad activa", en GUICHOT REINA, E. (coord.). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos, pp. 143-198.

HABERMAS, J. 1981. *Historia y crítica de la opinión pública.* Barcelona: Gustavo Gil.

KLITGAARD, R. 1988. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press

KANT, E. 1989. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos.

MINC, A. 1995. *L´ívresse démocratique*, Mesnil-sur-lÉstrée: Gallimard.

MONTERO CARO, M.D. 2019. "Balance de la configuración autónomica de la transparencia en España. Especial referencia a Andalucía", *Revista Española de la Transparencia núm*. 8. : 137-157.

NIETO JIMÉNEZ, J.C. 2020. "La tansparencia de las Cortes Generales a la luz de las recomendaciones del GRECO: el Código de conducta de los Diputados", *Revista Española de la Transparencia núm.* 10 : 31-47.

O´DONNELL, G. 2007. "Hacia un Estado de y para la Democracia", en *Democracia/Estado/Ciudadanía: Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina* (Coord. Mariani, Rodolfo), Lima: Mirza Editores e Impresores, pp. 26-64.

PALAU SAMPIO, D. y LÓPEZ GARCÍA, G. 2022. "Communication and crisis in the public space: Dissolution and uncertainty". *El profesional de la información*, *31*(3). e310316.

PÉREZ DÍAZ, V. y RODRÍGUEZ, J.C. 2017. *Desafección política: alcance, causas y remedios*. Madrid: Fundación Rafael del Pino.

PÉREZ ROYO, J. 2011. "Estado de Derecho", en ARAGÓN REYES, M. (Dtor.) y AGUADO RENEDO, Cc (Codtor), *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I.* Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, pp. 185-188.

PORRAS RAMÍREZ, J.M. 2014. "Los límites a la transparencia: el menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas", *Teoría y realidad constitucional* núm. 33: 283-304.

Sección Estudios y Artículos
Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis…
por Leopoldo Abad Alcalá
Págs. 145-172
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

POMED SÁNCHEZ, L. 2018. "Un lector errático reflexiona sobre el principio de transparencia, *Cuadernos Manuel Giménez Abad* núm. 15: 157-168.

REY MARTÍNEZ, F. 2014. "Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental". *Revista jurídica de Castilla y León,* núm. 33: 1-19.

RODRIGO DE CASTRO, L. 2022. "Transparencia, una noción extensiva con diferentes implicaciones", *Revista Española de Transparencia núm. 14*: 159-180.

ROSANVALLON, P. 2007. *La contrademocracia. La política en la era de deconfianza.* Buenos Aires: Manantial.

ROSANVALLON, P. 2009. *La legitimidad democrática.* Buenos Aires: Manantial.

ROSANVALLON, P. 2015. *El buen gobierno.* Buenos Aires: Manantial.

SÁNCHEZ AGESTA, L. 1983. *Principios de Teoría Política*, Madrid: Editora Nacional.

SÁNCHEZ AGESTA, L. 1991. *Sistema político de la Constitución Española de 1978.* Madrid : Revista de Derecho Privado.

SÁNCHEZ CUENCA, I. 2022. *El desorden politico. Democracias sin intemediación.* Madrid: Los libros de la Catarata.

SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. 2022. *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino.* Madrid: Fragua.

SÁNCHEZ FERRIZ, R. 2004. *Delimitación de las libertades informativas*. Valencia: Universidad de Valencia.

SANDOVAL BALLESTEROS, I.E. 2013. "Hacia un proyecto democrático-expansivo de transparencia". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* núm. 219: 103-134.

SARTORI, G. 1999. "En defensa de la representación política", *Claves de Razón Práctica* núm. 91: 2-6.

SEN, A. 2000. *Desarrollo y libertad*. Buenos Aires: Planeta.

SIERRA RODRÍGUEZ, J. 2022. "Enfoques ante una reforma de la Ley de Transparencia. Especial referencia a la transparencia informativa del Gobierno", *Revista Española de la Transparencia* núm. 14*:* 37-56.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.256

SIMENTAL FRANCO, V. A. 2017. "Transparencia y ética judicial", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 36: 143-166.

SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J. 1988. "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 23: 139- 156.

VILLORIA MENDIETA, M. y CRUZ RUBIO, C.N. 2014a. *Transparencia y Gobierno Abierto. Módulo 1: Modelos de democracia y gobierno electrónico: el concepto de gobierno abierto*. Madrid: INAP.

VILLORIA MENDIETA, M. 2014b. "La transparencia como política pública en el nivel local", *Revista Democracia y Gobierno Local (26/27)*: 4 -16.

VILLORIA MENDIETA, M. y CRUZ RUBIO, C.N. 2016. "Gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas: marco conceptual", en VILLORIA, M. (Dir.) y FORCADELL, X. (Coord.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Madrid: Tecnos, pp. 80-104.

VON HALDENWANG, C. 2016. *Measuring legitimacy-new trends, old shortcomings?. Discussion Paper.* Bonn: Deutsches Institut für Entwicklungspolitik/German Development Institute.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
La corrupción como fenómeno cultural…
por Gabriel López-Martínez
Págs. 173-190
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

La corrupción como fenómeno cultural

Un análisis desde la Antropología Social y Cultural

Gabriel López-Martínez[1]

Universidad de Alicante
España

ORCID: 0000-0001-8258-7260

RECIBIDO: 23 de agosto de 2022
ACEPTADO: 24 de enero de 2023

RESUMEN: Este artículo ofrece una aproximación antropológica al fenómeno de la corrupción. Entendemos que el enfoque holístico de la Antropología Social y Cultural, así como su metodología, pueden contribuir a una comprensión más amplia de la corrupción como fenómeno socio-cultural. Para ello, se propone una revisión de aquellos trabajos más relevantes que abordan el análisis de la corrupción desde una perspectiva antropológica. Además, se concreta en el ámbito de la Antropología Política, entendida como la materia que posibilita un estudio especializado de estos supuestos.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, Antropología Social y Cultural, Antropología Política, Cultura.

CONTENIDOS: 1.- Introducción. 2.- Metodología, técnicas y herramientas en Antropología Social y Cultural. *2.1.- Etnografía. 2.2.- Etnología y Antropología.* 3.- Antropología Social y corrupción. Origen y revisión del estado de la cuestión. 4.- Sobre el ámbito de investigación de la Antropología Política en materia de corrupción. 5.- Conclusiones. - Bibliografía.

[1] Profesor Ayudante Doctor, Departamento de Humanidades Contemporáneas, Área de Antropología Social, Universidad de Alicante.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
La corrupción como fenómeno cultural…
por Gabriel López-Martínez
Págs. 173-190
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

Corruption as a cultural phenomenon. An analysis from Social and Cultural Anthropology

ABSTRACT: This article offers an anthropological approach to the phenomenon of corruption. We believe that the holistic approach of Social and Cultural Anthropology, as well as its methodology, contribute to a broader understanding of corruption as a socio-cultural phenomenon. To this end, we propose a review of the most relevant works that address the analysis of corruption from an anthropological perspective. In addition, it is specified in the field of Political Anthropology, understood as the subject that enables a specialized study of these assumptions.

KEYWORDS: Corruption, Social and Cultural Anthropology, Political Anthropology, Culture.

1.- Introducción

El concepto de corrupción está vinculado a la idea de transgresión o difuminación (Grupta, 2012) de los límites entre la esfera pública y el contexto privado. Si pretendemos señalar de manera aproximada sus orígenes, podríamos decir que se trata de una distinción que surge en el ámbito de la teología política medieval europea, y que se consolida en la configuración de las estructuras ideológicas y burocráticas de los estados modernos (Weber, 1922; Polanyi, 1944; Arendt, 1958). En su percepción en el seno de las sociedades occidentales, la corrupción desdibuja las fronteras entre lo moral y lo inmoral, cuestiona la legitimidad del poder y se erige como un fenómeno que corrompe las bases de las configuraciones políticas contemporáneas.

Como exponen Torsello y Venard (2015), a lo largo de las tres últimas décadas, la importancia social y la compleja naturaleza de la corrupción han dado lugar a amplios estudios sobre este fenómeno en las ciencias sociales. Así, diversas disciplinas de las ciencias sociales han examinado una plétora de temas relacionados con la corrupción, incluyendo las formas históricas de la misma (Heidenheimer & Johnson, 1989/2011; Scott, 1972); su influencia en las facciones y partidos políticos (Della Porta & Vannucci, 1999; Kawata, 2006); su papel funcional en los sistemas políticos (Huntington, 1968; Montinola & Jackman, 2002); y su nexo con la democracia, la sociedad civil y el concepto de desarrollo (Doig & Theobald, 2000; Johnston, 2005). Como sabemos, en su caso, cada campo de investigación abordará este fenómeno desde perspectivas e intereses distintos. Por ejemplo, los economistas se interesarán especialmente por las causas de la corrupción y su influencia en el desarrollo económico (Svenson, 2005; Aidt, 2009; Venard, 2013),

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
La corrupción como fenómeno cultural…
por Gabriel López-Martínez
Págs. 173-190
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

mientras que los politólogos abordarán temas como la importancia del papel de las instituciones políticas y la regulación o la libertad de prensa en relación con la corrupción (Rose-Ackerman, 1999).

En este artículo, se expone la relevancia de acercarnos al fenómeno de la corrupción desde un punto de vista antropológico. La Antropología Social y Cultural surge como una disciplina encuadrada en el contexto de las ciencias sociales que se ocupa del estudio del concepto amplio de *cultura.* Esto es, del análisis del conjunto de instituciones propias de una sociedad concreta que se entiende que configuran la particular *cosmovisión* de esa comunidad. Arte, Derecho, Filosofía, Arquitectura, Parentesco o Religión serían ejemplos de estas instituciones (Tylor, 1870). Esta diversidad, así como aquellas similitudes que se pudieran obtener en un análisis comparativo entre comunidades o sociedades, constituyen una ideología y pautas de entendimiento que se heredan como miembros de la comunidad y que, al mismo tiempo, están sujetas a cambios y reinterpretaciones a lo largo del tiempo.

En sus distintos intereses de estudio, la antropología no adopta una perspectiva moralista, sino que se fundamenta en el denominado *relativismo cultural*, entendido como una herramienta metodológica que explica la existencia de distintas prácticas culturales que atienden a justificaciones que, alejadas de lo anecdótico o lo exótico, obedecen a funciones estructurales. En este sentido, desde una perspectiva antropológica no se abordará la corrupción como algo meramente negativo y sancionable, sino que se tratará de interpretar los mecanismos culturales que explicarían determinados comportamientos corruptos en el seno de una sociedad y que, en determinado grado y estimación, explicarían el funcionamiento de la estructura socio-cultural de una comunidad. De esta manera, se puede avanzar en el estudio del concepto de corrupción, de cómo se percibe y se imbrica en la lógica cultural de una comunidad, así como la posibilidad de identificar la existencia de determinadas prácticas sociales y culturales que podrían justificar o atenuar la gravedad de su ejercicio (Torsello y Venard, 2015).

Con esta intención de revisar el fenómeno de la corrupción y analizarlo desde el ámbito de la Antropología Social y Cultural, en primer lugar, se exponen las características metodológicas propias de esta disciplina. Entendemos que antes de revisar el estado de la cuestión, esto es, aquellos trabajos más relevantes, es conveniente conocer las herramientas a través de las cuales la antropología propone una mirada concreta de la realidad social. En segundo lugar, se ofrece una revisión amplia de aquellas propuestas teóricas que abordan esta relación. Se señala así cómo la mirada holística y periférica de la Antropología permite una reflexión comparativa para tratar de entender cómo se percibe este fenómeno en el contexto de distintas sociedades contemporáneas, y así se revisan los trabajos más relevantes en este contexto. En tercer lugar, con la intención de concretar las

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

posibilidades de análisis y circunscribirnos a un campo de estudio, nos situaremos en el ámbito de la Antropología Política ya que entendemos que sería la disciplina especializada que permite avanzar en este estudio cultural sobre la corrupción. Por último, se ofrecen conclusiones que apuntan hacia posibilidades de presente y de futuro en el estudio de este fenómeno desde esta *mirada antropológica* (Jociles, 1999), así como las sinergias entre distintos ámbitos de estudio para enriquecer su estudio.

2.- Metodología, técnicas y herramientas en Antropología Social y Cultural

Como decimos, antes de ofrecer una revisión de aquellas teorías y autores que estudian las posibilidades de análisis del fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de la antropología, entendemos que se hace necesario exponer de manera breve la metodología que caracteriza el trabajo de campo de la Antropología Social y Cultural. No se trata de referir el empleo de técnicas y herramientas como de uso exclusivo de este ámbito, ya que son compartidas por distintas disciplinas de las ciencias sociales. En todo caso, desde esa eminencia cualitativa, consideramos que técnicas como la *observación participante* confieren a los estudios socio-culturales un matiz de "inmersión" en la realidad social que se pretende describir y analizar que permite comprender con profundidad el fenómeno que se quiere investigar.

De manera amplia, diremos que la Antropología Social y Cultural se acerca a las comunidades o sociedades objeto de estudio a través del empleo de técnicas y herramientas de investigación cualitativas. Una preferencia que se justifica por el interés de tratar de describir, interpretar y tratar de analizar los discursos de aquellos "informantes" que conforman la totalidad de la comunidad o sociedad concreta; una herencia de la postura o aproximación *naturalista* que, en oposición a la propuesta positivista, entiende que más allá de establecer reglas o generalidades que expliquen lo social, se interesa por acceder a los significados asociados a la acción social, algo que sólo puede hacerse "aprendiendo" la cultura que se investiga (Ferrándiz, 2011).

Desde este posicionamiento epistemológico, siguiendo las pautas de Lèvi-Strauss, que acompaña y confirma un consenso que estandariza las fases de investigación en Antropología Social y Cultural, distinguiremos 3 etapas en el proceso antropológico:

> "[…] Etnografía, etnología y antropología no constituyen tres disciplinas o concepciones distintas de los mismos estudios. Son en realidad, tres etapas o momentos de una misma investigación y la preferencia por uno u otro de estos términos, sólo expresa que la atención esté dirigida en forma predominante hacia un tipo de investigación, que nunca puede excluir a los otros dos" (Lèvi-Strauss, 1968: 31).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

De manera breve, entendemos relevante exponer las características y pretensiones de investigación en cada una de estas etapas.

2.1.- Etnografía

La etnografía supone la primera fase de la investigación antropológica y consiste en la recopilación de información de la sociedad objeto de estudio. Así, su propia etimología, *etno* y *grafía*, apunta hacia lo que sería una "grafía del pueblo"; tomar notas de manera puramente descriptiva del fenómeno observado. Durante ese periodo de investigación, el etnógrafo tratará de "participar, abiertamente o de manera encubierta en la vida diaria de las personas durante un periodo de tiempo, observando qué sucede, escuchando qué se dice, haciendo preguntas" (Hammersley y Atkinson, 1994: 15). En este sentido, durante la etapa etnográfica el investigador social debe evitar los sesgos de interpretación *etnocéntica*, esto es, de análisis de los hechos observados a partir de las pautas y las lógicas de su propia cultura.

Durante la fase de etnografía se llevan a cabo principalmente dos técnicas de investigación: la *entrevista en profundidad* y la *observación participante*. La primera de ellas permite conocer de manera abierta los discursos de los informantes, su percepción de la realidad, teniendo en cuenta los posibles sesgos derivados tanto de cómo y qué cuenta el informante, así como la propia interpretación que haga el investigador (Sanmartín, 2003); esto está relacionado con la distinción emic/etic (Harris, 1987) que explica este "juego" de doble perspectiva que debe resolverse en el trabajo de campo. Por su parte, la *observación participante* confiere a la investigación antropológica esa peculiaridad en su acercamiento al objeto de análisis, consistiendo en la forma "consciente y sistemática de compartir, en todo lo que lo permitan las circunstancias, las actividades de la vida, y en ocasiones, los intereses y afectos de un grupo de personas" (Kluckholm, 1940: 331). Se trata de uno de los modos de investigación que permite prestar mayor atención al punto de vista de los actores o informantes (Guasch, 1997) cuya realidad social se está describiendo en esta primera fase de la etnografía.

"[…] La observación participante y su resultado (la etnografía) son anteriores a las ciencias sociales […] Es uno de los métodos de investigación que permite prestar mayor atención al punto de vista de los actores […] El fin último de la observación participante es anular, disminuir o (al menos) controlar mediante la inmersión en un contexto social ajeno la distancia social que existe entre el observador y los observados" (Guasch, 1997: 12, 35, 37).

Si trasladamos esta premisa de tratar de "aprender la cultura de aquellos a quienes estamos estudiando" (Hammersley y Atkinson, 1994: 22) al objeto de estudiar el fenómeno de la corrupción, podemos pensar en los distintos grupos de interés que conformarán el ámbito de estudio concreto. Es decir, en este caso, el etnógrafo deberá interesarse en los diferentes actores que intervienen en la esfera política de la comunidad objeto de estudio, y así interpretar, "traducir" sus discursos y vincularos

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

con los testimonios del resto de actores; "[…] no para formular enunciados universalmente válidos, sino para representar, lo más plenamente posible, un modo de vida particular" (Marcus y Fischer, 1986:49). De ese ejercicio se traslucirá el conjunto de valores y lógicas culturales que constituyen el seno de esta comunidad; las instituciones culturales que conforman su estructura política y explican, justifican y garantizan determinadas prácticas que, en su caso, tendrán un valor teleológico o práctico más allá de una primera interpretación descriptiva y sancionadora por comparación.

2.2.- Etnología y Antropología

En algunos manuales se distingue entre etnología y antropología como dos fases diferenciadas, sin embargo, en este caso, entendemos que se trata de una misma etapa que se ocupa del análisis del material etnográfico recopilado durante el trabajo de campo. En todo caso, la diferencia estriba en que tradicionalmente se ha identificado la etnología como la etapa inmediatamente posterior al ejercicio descriptivo y de recopilación de datos de la etnografía, además de fundamentarse principalmente en la comparación entre sociedades. Es decir, la etnología contendría la herencia de aquella antropología decimonónica que se ocupa principalmente de hacer un ejercicio de comparación (sobre todo entre las llamadas sociedades primitivas y las contemporáneas), mientras que la Antropología Social y Cultural abarcaría un análisis más complejo que tendría en cuenta una mirada diacrónica y sincrónica, componentes estructurales internos y amplios, la relación *centro-periferia* (Wallerstein, 1990), los fenómenos de la *globalización* o *mundialización* y su influencia en las distintas culturas (Comas d´Argemir, 1998; Naredo, 2006), entre otras cuestiones amplias.

A continuación, se expone el análisis de la relación entre Antropología Social y corrupción; de cómo esta disciplina aborda el fenómeno en el seno de las *culturas*. Se revisan trabajos que han estudiado la corrupción desde una mirada antropológica, al tiempo que se ofrecen propuestas y matices para abordar estos estudios en el contexto contemporáneo.

3.- Antropología Social y corrupción. Origen y revisión del estado de la cuestión

Las distintas disciplinas (o sub-disciplinas) del ámbito amplio de las ciencias sociales son el resultado de las necesidades e intereses del momento social, político y económico, de aquel *Zeitgeist* al que se recurre para explicar la importancia de considerar el contexto para así entender las distintas líneas de investigación que surgen en cada momento histórico. En su caso, el nacimiento de la Antropología Social y Cultural está ligado a los intereses de investigadores, exploradores, filántropos y curiosos occidentales (ingleses, franceses y en su caso norteamericanos, principalmente) por el estudio de las llamas *sociedades exóticas o primitivas*, con la intención de elaborar una comparativa que permitiera especular sobre la evolución de estas sociedades (Martínez Veiga, 2008). Se trata de una "primera antropología" con connotaciones folclóricas, particularistas y, en su caso,

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
La corrupción como fenómeno cultural…
por Gabriel López-Martínez
Págs. 173-190
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

con un acusado sesgo evolucionista. Por lo tanto, antes de abordar las relaciones entre Antropología Social y corrupción, sería necesario contextualizar el papel que tiene esta disciplina en el estudio de las sociedades contemporáneas. Así, más allá de aquellos primeros estudios descriptivos con intenciones de trazar una "arqueología de las culturas" para explicarnos a *nosotros* a partir del estudio de *los otros* (Todorov, 2010), la Antropología Social y Cultural se interesa por el estudio de los fenómenos socio-culturales contemporáneos. En concreto, se caracteriza por el uso de una metodología que, desde una perspectiva cualitativa, trata de interpretar los discursos, prácticas y narrativas de los actores que ocupan un territorio en un momento concreto. En definitiva, en esta necesaria introducción que legitima la práctica antropológica como pertinente y contemporánea, debemos afirmar que esta disciplina se interesa por el aquí y el ahora; tanto por las estructuras (nivel macro) como por los discursos y narrativas de los distintos actores (nivel micro); por la mirada de los individuos objeto de estudio (perspectiva *emic*) y teniendo en cuenta la mirada distante del sujeto que investiga (perspectiva *etic*).

La Antropología Social y Cultural se ha interesado por el estudio de las relaciones políticas y de poder a través del análisis de distintos mecanismos culturales ideados y perfeccionados para la reproducción de este tipo de relaciones. En este sentido, en primer lugar, debemos referirnos al concepto de *reciprocidad* vinculado al fomento de las relaciones de solidaridad y de alianza entre individuos y grupos. La *reciprocidad* en el ámbito de la antropología se concreta en la práctica de dar, recibir y devolver una serie de objetos: se cambian las cosas no por lo que valen sino por lo que vale el cambio. Marcel Mauss (1924) se encargó de estudiar este tipo de relaciones, y lo hizo centrando su interés en tratar de explicarlo a partir de los conceptos de *don* y *contradón*. El *don* consiste en una relación económica que favorece a dos partes (de ahí la *reciprocidad*), ya que aumenta los recursos y bienestar de las comunidades. El regalo que no se devuelve en un plazo determinado produce rechazo y es el origen de conflictos; "[…] el don es lo que hay que hacer, lo que hay que recibir y lo que, sin embargo, es peligroso tomar. Pues la cosa dada forma un vínculo bilateral e irrevocable" (Mauss, 2009, p.127)

Mauss concretará el estudio del *don* a partir de su análisis de dos fenómenos culturales El primero de ellos es la práctica del *potlacht*, un ejercicio de donación de bienes de un grupo a otro y la consecuente obligación de devolverlo "aumentado" por parte de quién recibe. El segundo de los fenómenos es el llamado *kula*, que fuera analizado en primer lugar por Malinowski en su trabajo en las Islas Trobriand (1922). El *kula* consiste en un intercambio intertribal de distintos objetos en torno a un espacio marino de unos 150.000 kilómetros cuadrados. Esta circulación, principalmente de brazaletes y collares, no tiene sentido comercial. Lo interesante de estos actos de reciprocidad estaría en analizar su aspecto ideológico, que en última instancia explicará determinados comportamientos y toma de decisiones en el seno de una misma comunidad. En este contexto, el *don* aparecerá entonces

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

como un acto ideológico que se materializa en un objeto regalado, haciendo mediante este intercambio aliados o venciendo a los enemigos sin violencia física.

Estas prácticas culturales se originan, reproducen y perfeccionan con la intención de establecer alianzas que garanticen la estabilidad en el juego de relaciones políticas y de poder en el seno de una sociedad. Ante aquella referencia fatalista que ya hiciera Thomas Hobbes (1974[1668]) que explica la existencia de una "guerra de todos contra todos", además de la configuración de un Estado que regule, coaccione y sancione, las distintas sociedades elaborarán estrategias culturales para garantizar la estabilidad, seguridad y posicionamiento político. Se hace entonces necesario ampliar el ámbito de seguridad que ofrece la familia, y así se constituyen alianzas con otras comunidades ("familias políticas").

En estas primeras relaciones entre grupos no familiares se irían configurando estructuras y alianzas para la consecución de fines comunes; en esta cooperación y solidaridad la cultura trasciende el ámbito de la naturaleza (de los lazos familiares) (Lèvi-Strauss, 1987), y en estas estrategias de regalos y ofrendas empezarían también prácticas como el clientelismo y la corrupción. En el traspaso de esos límites difusos entre lo público y lo privado, terrenos limítrofes en los que se mueve el fenómeno de la corrupción, nos encontraríamos con los inicios antropológicos de *lo político.*

Si queremos señalar el primer trabajo que aborda el fenómeno de la corrupción desde una perspectiva antropológica, debemos referirnos a la obra de Scott (1972). Se trata más bien de un análisis comparativo, de modo que introduce la presunción propia de la antropología de la existencia de una *diversidad cultural*. En este sentido, debemos referirnos a la relevancia del uso de la etnografía como metodología utilizada por distinto autores en esta aproximación al estudio de la corrupción y su comparativa entre distintas sociedades. En esta línea, como apunta Torsello (2011), la antropología ha aportado sofisticadas etnografías en relación a estudios sobre el Estado y los distintos fenómenos políticos y sociales, así como prácticas culturales (Sharma y Gupta 2006). Estos trabajos etnográficos sobre el papel del Estado en relación con la corrupción han adoptado diferentes puntos de vista. Uno de ellos ha sido el de analizar las funciones legislativas y los espacios en los que el Estado se ocupa de la corrupción en diferentes contextos sociales (Holmes, 2000; Wilson, 2000). Podemos encontrar este enfoque en los trabajos de Pardo (2004) y en la obra de Nuijten y Anders (2007). De este modo, debemos señalar los propios trabajos de Torsello (2010, 2011, 2012). En concreto, el artículo publicado en 2012 con el título *The ethnography of corruption: research themes in political anthropology*. En este trabajo, el autor se interesa por señalar temas recurrentes en lo que se podría definir como una "antropología de la corrupción", y así señalar posibilidades de colaboración entre distintas disciplinas como las ciencias políticas, la sociología, la economía y la antropología.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

Como se ha anticipado, y se concretará con más detalle en el apartado que aborda el alcance de la Antropología Política, la Antropología Social y Cultural se configura principalmente en sus orígenes en el estudio de las distintas sociedades africanas. A partir del periodo post-colonial, y en este sentido en el momento en el que las potencias europeas abandonan el control de las sociedades africanas y se configuran estructuras políticas propias, comienza a interesar el estudio de cómo se generan y funcionan estos sistemas políticos "propiamente africanos". Desde esta perspectiva, nos encontramos con trabajos y etnografías que abordan estas estructuras y, en su caso, el fenómeno de la corrupción y cómo se origina y consolida a partir de determinadas pautas culturales (De Sardan, 1999; Hasty, 2005). Otros trabajos, como los de Bardhan (1997) y Bähre (2005) indagan en el fenómeno de la corrupción post-colonial africana en relación al concepto de desarrollo. Por su parte, los trabajos de Blundo (2006, 2007) estudian el fenómeno de la corrupción en África proponiendo una perspectiva antropológica y desde el uso de la etnografía como metodología para comprender el fenómeno con mayor intensidad.

En este contexto africano, encontramos las propuestas de Eramian (2017, 2019) que investiga la política de construcción de la paz en la Ruanda posterior al genocidio mediante el estudio etnográfico de dos organizaciones locales de la sociedad civil. La autora analiza la relación opaca (de prácticas corruptas) entre las intervenciones de las organizaciones de consolidación de la paz y los resultados de dichas intervenciones. Se trata de un trabajo que señala cómo surgen tensiones (relaciones de favores-clientelismo) entre organizaciones globales ocupadas en actuar en distintos territorios en tareas de conciliación y las prácticas cotidianas de los agentes locales que los promulgan. Enredos en las cadenas de transmisión de origen y destino que contendrían prácticas vinculadas al fenómeno de la corrupción.

Al tratarse de un fenómeno multidimensional, y esta tradición de estudios comparativos, encontramos también distintos trabajos que abordan este fenómeno en un contexto amplio de comparativa entre distintos países de la Unión Europea (Bellier y Wilson, 2000; Holmes, 2000; Haller y Shore, 2005). Son especialmente interesantes, por su abordaje antropológico, algunos trabajos sobre relaciones familiares y clientelismo en Italia (Miller, 1974; Meloni, 1997). Del mismo modo, casos concretos en otras comunidades más allá del ámbito europeo: sobre la relación entre democracia y corrupción en el caso de Indonesia (Bubandt, 2006); la cuestión de la corrupción en Nepal (Kondos, 1987); rituales y corrupción en el caso de México (Lomnitz, 1995); sobre la corrupción en la India (Price, 1999; Parry, 2000); sobre corrupción y sistema de salud post-soviético (Rivkin-Fish, M., 2005).

En el caso de España, encontramos una definición de corrupción que ofrece Velasco (2012), y que se refiere a (1) abuso del poder político del que (2) los beneficiarios pueden ser personas individuales o grupos sociales. Si consideramos que el poder emana y se concentra en el Estado, ya que éste capitaliza los bienes y servicios de los ciudadanos, una gestión negativa llevaría a la aparición de la corrupción, el

Sección Estudios y Artículos
La corrupción como fenómeno cultural…
por Gabriel López-Martínez
Págs. 173-190
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

privilegio o la limitación de los recursos y servicios hacia unos colectivos u otros. El partido político en el gobierno tiene a su disposición recursos para tejer una red clientelar de trabajadores públicos, privados, empresas, fundaciones, entre otros (Fort, 2017). En este sentido, según Velasco (2012), en España, el *modus vivendi* de muchos ciudadanos depende que su partido gane las elecciones.

Por su parte, encontramos autores que concretan el concepto de corrupción en el fenómeno del *clientelismo*. Así, Fort (2017) señala el clientelismo político como un fenómeno social universal; "presente en todas las culturas, aunque no de la misma forma ni en la misma intensidad" (2017 :98). En esta línea, debemos referirnos al trabajo del antropólogo González Alcantud sobre la relación patrón/cliente, que interpreta como un residuo feudal, por lo tanto anómalo y "no resuelto" en las sociedades contemporáneas. En esta línea de analizar desde una perspectiva sociológica y antropológica los fenómenos del clientelismo y las oligarquías provinciales irían los trabajos de Veiga Alonso (1999), Acevedo (2009, 2011) y Alonso y Vázquez (2014). Por último, podemos referir los trabajos más recientes de Peña (2020), desde una aproximación historiográfica de la corrupción política en España a partir del siglo XIX, y el de De Riquer i Permanyer y otros (2018) , que ofrece un enfoque interdisciplinar en el análisis de este fenómeno en la España contemporánea.

Por lo tanto, encontramos trabajos que analizan el fenómeno de la corrupción desde una perspectiva antropológica y lo hacen principalmente atendiendo a los siguientes ámbitos: 1) relaciones familiares y clientelismo; 2) corrupción en el contexto post-colonial africano; 3) corrupción en el contexto de países en vías de desarrollo; 4) uso de la etnografía como metodología para conocer este fenómeno a partir de los discursos de los distintos grupos de interés.

A continuación, se indaga en las posibilidades que ofrece la Antropología Política como área de especialización que maneja los presupuestos para abordar el fenómeno social y cultural de la corrupción. Se exponen sus antecedentes e intereses y se concreta en su relación y trabajos relacionados con el fenómeno estudiado.

4. Sobre el ámbito de investigación de la Antropología Política en materia de corrupción

Como se ha apuntado, los primeros "antropólogos" en sus conjeturas tratan de aplicar las teorías darwinistas de la biología al contexto de las sociedades humanas. En este sentido, se habla de sociedades prístinas, *sociedades primitivas*, que contendrían prácticas o sistemas políticos encuadrados en lógicas previas a la madurez propia de las sociedades occidentales. De ahí, este interés por aquellos investigadores de mitad del siglo XVIII por (1) describir y tratar de comprender estos sistemas pre-industriales para así (2) establecer una comparativa con las sociedades occidentales de la época. Se trata de encontrar un hilo diacrónico para tratar de

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

conocer esta evolución, al tiempo que se registraban aquellas estructuras y mecanismos característicos de aquellas comunidades de fuera (Vincent, 2002).

Este conjunto de antropólogos establece sus primeros trabajos en el contexto de distintas sociedades africanas. Será principalmente al amparo de fundaciones británicas y norteamericanas, así como de determinados departamentos de algunas universidades, cómo se empiece a configurar todo un cuerpo de estudios interesados en interpretar las prácticas y sistemas políticos de este contexto. Desde este núcleo, se entiende como obra fundacional de la disciplina de la Antropología Política el trabajo *African Political Systems* (Fortes y Evans-Pritchard, 1940). Se trata de un estudio comparativo de las instituciones políticas africanas. Describe diferentes tipos de organización social que se encuentran en varias sociedades africanas y analiza los principios que subyacen a estas formas tradicionales de gobierno. Su método consiste en establecer una comparativa entre distintos sistemas políticos africanos en relación a los propios de las sociedades europeas, con la intención de inferir características universales, que pudieran ser propias o compartidas por todas las comunidades. En este sentido, esta obra, como decimos, refleja el pensamiento de la época: existe una evolución desde sociedades simples hacia sociedades complejas; estas sociedades africanas (y por tanto sus sistemas políticos) se interpretan como sociedades complejas que, en algunos casos, estarían evolucionando:

"As we pass from the simpler to the more complex societies, we find increasing differentiation of individual from individual and usually some more or less definite division of the community into classes […] In Africa it is often hardly possible to separate, even in thought, political office from ritual or religious office." (Fortes y Pritchard, 1940: 21, 23).

Vemos en este fragmento cómo ya en el prólogo se expone la perspectiva que los autores emplean para su estudio comparativo de los sistemas políticos africanos que tratan de describir e interpretar. Del mismo modo, exponen la importancia de vincular las lógicas de las estructuras políticas africanas con distintas instituciones culturales (religión o parentesco, en su caso), algo que anticipa su *mirada antropológica* holística y multidimensional.

Para el interés de este artículo, además de la revisión de aquellos presupuestos teóricos más relevantes, resulta más relevante detenernos en las posibilidades metodológicas que ofrece la Antropología Política. En este caso, la Antropología Política ha transcurrido principalmente por 3 enfoques (Lewellen, 2009). En primer lugar, nos encontramos con la perspectiva *estructural-funcionalista*. Se trata de un marco teórico derivado de aquellos inicios vinculados a una "antropología colonialista"; aquellos antropólogos interesados en conocer las instituciones y "lógicas" de determinadas comunidades desde una mirada cerrada, atemporal y, en ocasiones, idealizada. Se trata así de explicar cómo determinadas pautas culturales sirven para dar equilibrio a una sociedad. En segundo lugar, nos encontramos con la

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

llamada *teoría procesual* que considera el cambio, el conflicto y la tensión como condiciones normales en una sociedad. Por último, debemos señalar la relevancia de la *teoría de la acción*, interesada en estudiar y describir aquellas estrategias individuales desarrolladas para obtener y mantener el poder.

Los dos enfoques últimos, *teoría procesual* y *teoría de la acción*, pueden aplicarse en el estudio del concepto de corrupción en las sociedades contemporáneas. Estas dos aproximaciones metodológicas utilizan los conceptos de "campo político" y "arena política" respectivamente, y se utilizan para interpretar el ámbito político como áreas flexibles donde los individuos se disputan el poder político. Así, términos clave como competencia, conflicto, apoyo, estrategia, manipulación, roles, juegos o reglas sitúan estos territorios políticos donde la corrupción se podría interpretar como una "herramienta" o incluso un medio para la consecución de estos objetivos.

En la actualidad, la Antropología Política se presenta como una disciplina preocupada por las cuestiones de identidad y comunidad, la configuración y la formación de las distintas naciones y Estados, las especificidades culturales y los derechos humanos universales, las instituciones jurídicas coloniales y las interpretaciones locales, así como las prácticas opacas o corruptas en este contexto político. En esta línea, nos podemos referir a trabajos recientes que proponen etnografías que tratan de analizar el comportamiento del electorado, así como las prácticas de clientelismo por parte de candidatos electorales. Así lo hace el trabajo de Bayarri Toscano (2022), que se sitúa desde una mirada de la Antropología Política para interpretar cómo se articuló la retórica de la extrema derecha en la esfera pública brasileña desde junio de 2013 hasta 2018 a través de una serie de acontecimientos clave que fueron fundamentales para construir las reivindicaciones identitarias de la extrema derecha y la movilización colectiva en una retórica anticorrupción y militarizada en la campaña electoral. En este interés de interpretar determinadas prácticas como corruptas en el contexto político contemporáneo, encontramos el artículo de Rigi (2013) se ocupa de estudiar el fraude de ley en el ámbito de la economía político-cultural posmoderna. En concreto, vincula la utilización de la situación de "estado de excepción" en Rusia para afectar a determinadas empresas, y en este sentido ahonda en sus consecuencias desde un análisis de la antropología jurídica y política.

Por último, incluso encontramos literatura que abre una línea dentro de la propia Antropología Política. Así, el artículo de Tate (2020) examina lo que denomina como "antropología de la política" (Anthropology of Policy) como un subcampo emergente de la Antropología Política, centrándose en la complejidad y el aspecto cultural de los sistemas políticos contemporáneos, y de ahí el interés de que este tipo de antropología tenga en cuenta en su análisis una metodología y una mirada propiamente antropológicas.

5. Conclusiones

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
La corrupción como fenómeno cultural…
por Gabriel López-Martínez
Págs. 173-190
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

La Antropología Social y Cultural puede aportar una perspectiva holística al estudio del fenómeno contemporáneo de la corrupción. En el uso del *relativismo cultural*, entendido como herramienta metodológica, la antropología se acerca a las *culturas* con la intención de tratar de comprender qué (y cómo) instituciones se ven favorecidas o integran elementos en el uso de este mecanismo de la corrupción a través de alianzas y reciprocidades. En este sentido, la Antropología entiende que los estándares morales son distintos de una cultura a otra, son construcciones sociales y culturales, y desde esta mirada trata de analizar las prácticas corruptas en el contexto político como una herramienta para obtener y mantener el ejercicio del poder y facilitar así el intercambio social. Esta premisa no implica que desde la Antropología Social y Cultural se acepten y justifiquen las prácticas corruptas al entenderlas como propias de una comunidad o sociedad, sino que debemos ir más allá de la sanción moral si se pretende comprender este fenómeno complejo, que debe analizarse tanto en su evolución temporal como en relación al contexto socio-cultural donde ocurre y se reproduce.

Por lo tanto, desde la perspectiva amplia que ofrece la Antropología Social, y su interrelación con otras disciplinas, se pueden abordar estudios que consideren la corrupción, y del mismo modo el fenómeno del clientelismo entendido como una manifestación de aquella, como una afectación vinculada al concepto de *violencia simbólica* (Bourdieu, 2000; Bernstein, 1999). Este tipo de violencia, sutil y subrepticia, nada que ver con el acto físico de la violencia, se refiere a la imposición de determinadas lógicas, pautas y mecanismos culturales que legitiman y "normalizan" determinadas prácticas sociales. En este caso, como hemos referido en este artículo, nos encontramos con casos en los que determinadas prácticas de clientelismo y de redes familiares de corrupción se normalizan como propias de un territorio. En esos casos, resulta interesante atender a aspectos como la filiación familiar, la reciprocidad, el concepto de favor y cómo se percibe la obligación de devolverlos; instituciones que explican el funcionamiento y las lógicas culturales de grupos, comunidades y sociedades, donde el fenómeno de la corrupción estaría imbricado y se desarrollaría con sus propias pautas y reglas.

Como se ha señalado, a través de la etnografía, en concreto en el uso de la *entrevista abierta* y la *observación participante*, se puede ofrecer una alternativa que enriquezca un análisis puramente cuantitativo, y del mismo modo permite conocer los *dicursos emic* (las narrativas de los informantes) y así contrastar y comparar estos testimonios de los diferentes grupos de interés, para al mismo tiempo plantear un análisis comparativo entre diferentes comunidades o sociedades. La cercanía de este enfoque y su método con el objeto de estudio (comunidades o individuos) hace que el antropólogo tenga la posibilidad de describir y analizar ideas, prácticas y conductas que de otro modo sería difícil poder registrar.

Por último, como bien ha señalado Alonso (2021), los problemas metodológicos del análisis antropológico de la corrupción se asocian con la imposibilidad de trabajar

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

con una definición concreta y clara de corrupción (Torsello, 2014; 2011). En todo caso, los estudios contemporáneos que la antropología ha abordado en materia de corrupción, han tratado de superar las dicotomías moral-inmoral, apropiado-inapropiado, de modo que al trascender estas "dicotomías tradicionales" se trata de comprender el fenómeno atendiendo al estudio de aquellas instituciones culturales que explicarían el fenómeno de la corrupción en el seno de las sociedades.

Bibliografía

ACEVEDO, J.M.R. 2009. "El caciquismo en la España reciente. El caso de Castilla y León. Aposta". *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 43: 1-30.

ACEVEDO, J.M.R.; MARTÍN, V.O.M. y DARIAS, L.M.J. 2011. "La financiación de las oligarquías provinciales en el apogeo y crisis del negocio inmobiliario en España: una reflexión sociológica sobre las cajas de ahorros". *Revista de Economía Crítica*, núm. 12: 104-130.

AIDT, T. 2009. "Corruption, institutions, and economic growth". *Oxford Review of Economic Policy*, núm. 25: 271-291.

ALONSO, X. R. V. 1999. "Anatomía del clientelismo político en la España liberal decimonónica: una realidad estructural". *Hispania*, núm. *59*(202), 637-661

ALONSO, L. J. T. 2021. "Corrupción: La comprensión del concepto multifacético desde diferentes enfoques. La política anticorrupción mexicana a revisión 2012-2021". *Gestión y Política Pública*, núm. *30*(3): 37-79.

ARENDT, H. 1999 [1958]. *La condición humana*. Madrid: Círculo de lectores.

BÄHRE, E. 2005. "How to ignore corruption: Reporting the shortcomings of development in Africa". *Current Anthropology*, núm. 46: 107-113.

BARDHAN, P. 1997. "Corruption and development: A review of issues". *Journal of Economic Literature*, núm. 35: 1320-1346.

BAYARRI TOSCANO, G. 2022. "The rhetoric of the Brazilian far-right, built in the streets: The case of Rio de Janeiro". *The Australian Journal of Anthropology*, núm. *33*(1): 18-33.

BELLIER, I. and WILSON, T. M. (eds) .2000. *An Anthropology of the European Union: Building, Imagining and Experiencing the New Europe*. Oxford: Berg Publishers.

BERNSTEIN, B. 1990. *Poder, educación y conciencia*. Barcelona: El Roure.

BLUNDO, G. 2006. "Dealing with the local state: The informal privatization of street-level bureaucracies in Senegal". *Development and Change*, núm. 37: 799-819.

- 2007. "Hidden acts, open talks: How anthropology can "observe" and describe corruption", en NUIJTEL, M., ANDERS, G. (Eds.), *Corruption and the secret of law: A legal anthropological perspective*. Aldershot, UK: Ashgate, pp. 1-17.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

BOURDIEU, P. 2000. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer.

BUBANDT, N. 2006. "Sorcery, corruption and the dangers of democracy in Indonesia". *Journal of the Royal Anthropological Institute* (New Series) núm. 12: 413-31.

COMAS D'ARGEMIR, D. 1998. *Antropología económica*. Barcelona: Ariel Antropología.

DELLA PORTA, D., VANNUCCI, A. 1999. *Corrupt exchanges: Actors, resources, and mechanisms of political corruption*. New York, NY: de Gruyter.

DE RIQUER Y OTROS (DIRS.) 2018. *La corrupción política en la España contemporánea. Un enfoque interdisciplinar*. Barcelona: Marcel Pons.

DE SARDAN, O. 1999. "A moral economy of corruption in Africa?". *The Journal of Modern African Studies*, núm. 37(1): 25-52.

DOIG, A., THEOBALD, R. (Eds.). 2000. *Corruption and democratisation*. London, England: Frank Cass.

ERAMIAN, L. (2019). "Neutral evaluators or testimonial connoisseurs? Valuing and evaluating reconciliation in post-genocide Rwanda". *Social Anthropology/Anthropologie sociale*, núm. *27*(3): 531-546.

- 2017. "Testimony, disbelief, and opaque peace building in postgenocide Rwanda". *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review*, núm. *40*(1): 52-66.

FERRÁNDIZ, F. 2011. *Etnografías contemporáneas. Anclajes, métodos y claves para el futuro*. Barcelona: Anthropos.

FORT, J. T. 2017. "El fenómeno social del clientelismo en España". *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, núm. *13*(1): 93-111.

FORTES, M., & EVANS-PRITCHARD, E. E. 2015[1940]. *African political systems*. London: Routledge.

GONZÁLEZ, J. 1997. *El clientelismo político. Perspectiva socioantropológica.* Barcelona: Anthropos.

GONZÁLEZ, P. J. A., & VÁZQUEZ, A. M. 2014. "Neoliberalismo corporativo y clientelismo en España: Etnografía de la financiación europea del desarrollo rural a través de un proyecto fallido". *AIBR: Revista de Antropología Iberoamericana*, núm. *9*(3): 223-250.

GRUPTA, A. 2012. *Red tape: bureaucracy, structural violence, and poverty in India*. Durham, NC: Duke University Press.

GUASCH, O. 1997. *Observación participante*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, Cuadernos Metodológicos nº 20.

CC BY SA

HALLER, D. AND SHORE, C. (eds.) 2005. *Corruption. Anthropological perspectives*. Londres: Pluto Press.

HAMMERSLEY, M. Y ATKINSON, P. 1994. *Etnografía: métodos de investigación*. Barcelona: Paidós.

HARRIS, M. 1999. *El desarrollo de la teoría antropológica: historia de las teorías de la cultura*. Madrid: Siglo XXI.

HASTY, J. 2005. "The pleasures of corruption. Desire and discipline in Ghanaian political culture". *Cultural Anthropology* ,núm. 20(2): 271-301.

HEIDENHEIMER, A., JOHNSON, M. 2011. *Political corruption: A handbook*. New Brunswick, NJ: Transaction Books.

HOBBES, T., & SARTO, M. S. 1974. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Editorial Universitaria.

HOLMES, DOUGLAS R. 2000. *Integral Europe: Fast-Capitalism, Multiculturalism, Neofascism*. Princeton: Princeton University Press.

HUNTINGTON, S. 1968. *Political order in changing societies*. New Haven, CT: Yale University Press.

JOCILES, M. I. 1999. "Las técnicas de investigación en antropología. Mirada antropológica y proceso etnográfico", *Gazeta de Antropología*, núm. 15.

JOHNSTON, M. 2005. *Syndromes of corruption: Wealth, power, and democracy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

KAWATA, J. (Ed.). 2006. *Comparing political corruption and clientelism*. London, England: Ashgate.

KLUCKHOHN, F. R. 1940. "The participant-observer technique in small communities". *American Journal of Sociology*, núm. *46*(3): 331-343.

KONDOS, A. 1987. "The question of "corruption" in Nepal". *Mankind* , Vol. 17, No. 1: 15–29.

LÉVI-STRAUSS, C. 1968. *Antropología estructural*. Buenos Aires: Eudeba.

- 1987. "Historia y etnología". *Revista de Occidente*, núm. *77*: 64-82.

LEWELLEN, T. C. 2009. *Introducción a la Antropología Política*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.

LOMNITZ, L. 1995. "Ritual, rumor and corruption in the constitution of polity in modern Mexico". *Journal of Latin American Anthropology,* núm. 1(1): 20-47.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

MALINOWSKI, B. 1922. "Ethnology and the Study of Society". *Economica*, núm. (6): 208-219.

MARCUS, G.; FISCHER, M. 1986. *La antropología como crítica cultural. Un momento experimental en las ciencias humanas*. Barcelona: Amorrortu Editores.

MARTÍNEZ VEIGA, U. 2008. *Historia de la Antropología. Teorías, praxis y lugares de estudio*. Madrid: UNED.

MAUSS, M. 2009. *Ensayo sobre el don. Forma y definición del intercambio en las sociedades arcaicas*. Madrid: Katz Editores.

MELONI, B. (ed.). 1997. *Famiglia meridionale senza familismo. Strategie economiche, reti di relazione e parentela*. Catanzaro: Meridiana.

MILLER, R.A. 1974. "Are familists amoral? A test of Banfield's amoral familism hypothesis in a south Italian village ". *American Ethnologist*, núm. 1(3): 515-35.

MONTINOLA, G., JACKMAN, R. 2002. "Sources of corruption: A cross-national study". *British Journal of Political Science*, núm. 32: 147-170.

NAREDO, J. M. 2006. *Raíces económicas del deterioro ecológico y social*. Madrid: Siglo XXI.

NUIJTEL, M. and ANDERS, 2007. *Corruption and the Secret of Law: a Legal Anthropological Perspective*. Aldershot: Ashgate.

PARDO, I. (ed.) 2004. *Between Morality and the Law. Corruption, Anthropology and Comparative Society*. London: Ashgate.

PARRY, J. 2000. "The crisis of corruption and the idea of India—a worm's eye view", en: I. Pardo (Ed.) *Morals of Legitimacy: Between Agency and System*. Oxford: Bergahn Books, pp. 27-56.

PEÑA, M.A. 2020. *Corrupción política y liberalismo en el largo siglo XIX*. Madrid: Comares.

POLANYI, K. 2000 [1944]. *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica, Colección Economía.

PRICE, P. 1999. "Cosmologies and Corruption in (South) India". *Forum for Development Studies*, núm. 2: 315–327.

RIGI, J. 2012. "The corrupt state of exception: Agamben in the light of Putin". *Social Analysis*, núm. *56*(3): 69-88.

RIVKIN-FISH, M. 2005. "Bribes, gifts and unofficial payments: re-thinking corruption in post- Soviet health care", en D. Haller and C. Shore (eds.) *Corruption. Anthropological. Perspectives*. London: Pluto Press, pp. 47-64.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.244

SANMARTÍN, R. (2003). *Observar, escuchar, comparar y escribir. La práctica de la investigación cualitativa*. Barcelona: Ariel Antropología.

SCOTT, J. 1972. *Comparative political corruption*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.

SHARMA, A. and GUPTA, A. 2006 (eds). *The Anthropology of the State: a Reader*. Maldern, Blackwell.

SISSENER, T. 2001. "Anthropological perspectives on corruption". *Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights*, núm. 4: 1-26.

SVENSON, J. 2005. "Eight questions about corruption". *Journal of Economic Perspectives*, núm. 19 (3): 19-42.

TODOROV, T. 2010. *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*. Madrid: Siglo XXI.

TORSELLO, D. 2010. "Corruption and the economic crisis: Empirical indications from Eastern Europe". *Slovak Foreign Policy Affairs*, núm. 19(2), 65-75.

- 2011. *The ethnography of corruption: Research themes in political anthropology*. Quality of Government Institute, University of Gothenburg.

- 2012. *The new environmentalism? Civil society and corruption in the enlarged*. EU. Farnham, UK: Ashgate.

TORSELLO, D.; VENARD, B. 2015. The Anthropology of Corruption. *Journal of Management Inquiry,* núm. *1(25): 34-54.*

VELASCO, R. 2012. *Las cloacas de la economía*. Madrid: Catarata.

VENARD, B. 2013. "Institutions, corruption and sustainable development". *Economics Bulletin*, núm. 33: 2545-2562.

VINCENT, J. (ed.) 2002. *The Anthropology of Po*litics: *A Reader in Ethnography, Theory and Critique*, Blackwell.

WALLERSTEIN, I. 1990. "Culture as the ideological battleground of the modern world-system." *Theory, culture & society*, núm. *7*(2-3): 31-55.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

Decisiones automatizadas y transparencia administrativa: nuevos retos para los derechos fundamentales

Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros[1]
Universidad de Sevilla
España

ORCID: 0000-0001-9514-2869

RECIBIDO: 4 de octubre de 2022
ACEPTADO: 11 de febrero de 2023

RESUMEN: En la sociedad tecnológica actual, las Administraciones Públicas, al igual que el sector privado, han generalizado el uso de la inteligencia artificial para la toma de decisiones. Los algoritmos, que pueden procesar cantidades ingentes de datos y ayudar por la precisión de sus resultados, no obstante, plantean nuevos retos para los derechos fundamentales. En primer lugar, por la escasa información que se tiene sobre su funcionamiento, lo que supone una quiebra del principio de transparencia. En segundo lugar, por su complejidad, lo que dificulta su sujeción a medidas de control y complica la motivación de los actos administrativos automatizados, limitando la capacidad de los ciudadanos para recurrir las decisiones de la Administración. Y, por último, por lo influyentes que son: su empleo inadecuado puede desembocar en situaciones discriminatorias, así como lesionar otros derechos fundamentales de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Algoritmos, Administración, transparencia, control, discriminación.

CONTENIDOS: 1.- Introducción. — 2.- Concepto de algoritmo. — 3.- La opacidad de los algoritmos utilizados en las decisiones automatizadas: la transparencia administrativa. — 4.- El control de los algoritmos empleados por las Administraciones Públicas. — *4.1.- La respuesta europea. — 4.2.- El control judicial de las decisiones automatizadas en el sector público.* — 5.- Los efectos discriminatorios de los algoritmos. — 6.- Conclusiones. — Bibliografía.

[1] Profesora en el departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Es licenciada en Derecho, Master en Derecho Constitucional y doctora en Derecho, Su principal línea de investigación es el derecho fundamental a la protección de datos personales, materia sobre la que versan varias de sus publicaciones en artículos indexados, obras colectivas y en una monografía.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

Automated decisions and administrative transparency: new challenges for fundamental rights

ABSTRACT: In today's technological society, the use of artificial intelligence for decision making, both in public and private sectors, has become widespread. Algorithms can help process large amounts of information, but they also pose new challenges to fundamental rights. Firstly, because of the limited information available on how they work, which undermines the principle of transparency. Secondly, because of their complexity, which makes it difficult to subject them to control measures, as well as complicating the motivation of automated administrative acts, limiting the ability of citizens to appeal against the administration's decisions. And finally, because of their influence: their inappropriate use can lead to discriminatory situations, as well as infringe other fundamental rights of citizens.

KEYWORDS: Algorithms, Administration, transparency, control, discrimination.

1.- Introducción

Las Administraciones Públicas están experimentando un cambio paralelo al desarrollo de las nuevas tecnologías. Desde este punto de vista, el primer paso, la implantación de la administración electrónica, ha sido fundamental para mejorar la calidad y la eficacia de los servicios públicos dirigidos al ciudadano. Actualmente, el uso de la inteligencia artificial (IA) y el manejo masivo de datos (Big data) para lograr resultados muy precisos y objetivos en la toma de decisiones es un fenómeno imparable, que ha tenido un papel relevante en la respuesta a la pandemia provocada por el Covid-19. Al mismo tiempo, el recurso a la IA debe llevarse a cabo con prevención, como se ha puesto de manifiesto en otros ámbitos[2] .

[2] El uso de la inteligencia artificial en las redes sociales por el sector privado ha puesto en peligro los pilares del Estado democrático al interferir en el proceso de toma de decisiones políticas como se puso

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

El Big data puede analizarse para diseñar políticas públicas o resolver solicitudes formuladas por los ciudadanos; e incluso puede servir para ejercer directamente potestades administrativas de forma automatizada (Velasco Rico, 2022: 230). Estos sistemas algorítmicos de procesamiento de datos pueden resultar muy útiles. En efecto, el uso de la IA permite que las Administraciones Públicas puedan tener un mayor conocimiento del contexto, valorar de manera más rápida los antecedentes y los precedentes, anticipar el impacto, tomar decisiones de manera automatizada o evaluar su efectividad. De este modo, la utilización de la IA puede dotar de mayor eficacia o calidad a las decisiones que aquellas adoptan (Cerrillo Martínez, 2020: 17).

Sin embargo, estos sistemas tecnológicos entrañan importantes riesgos y retos para los derechos fundamentales y para los valores democráticos. Hasta ahora, habían sido las normas sobre protección de datos las encargadas de la tutela del ciudadano. Como bien apunta la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), resulta necesario tener en cuenta que el uso y el tratamiento de datos personales en las Administraciones Públicas mediante la implementación de la IA implican riesgos distintos frente a aquellos derivados de un tratamiento que pueda realizar cualquier otro responsable. En este sentido, tales amenazas resultan del volumen de sujetos afectados, de la extensión de los datos recogidos, de la imposibilidad, en muchos casos, de oponerse al tratamiento, y del poder o asimetría inherente que existe en las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos o interesados cuyos datos se tratan[3].

El tema de la igualdad de trato y la no discriminación en el ámbito de la IA y toma de decisiones automatizadas se ha plasmado en el articulado de la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio), que regula su uso por el sector público y también por las personas físicas y jurídicas de carácter privado. Según esta norma[4], las Administraciones Públicas que utilicen algoritmos para la toma de decisiones favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que dichos algoritmos tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, al tiempo que abordarán su potencial impacto discriminatorio.

2.- Concepto de algoritmo

Los algoritmos son una manifestación de la IA. El Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial (AIHLEG) , creado por la Comisión Europea en 2018, define los sistemas de inteligencia artificial como: "aquellos sistemas de software (y posiblemente también de hardware), diseñados por seres humanos que, dado un

de manifiesto en el escándalo de Cambridge Analytica, el referéndum sobre el Brexit y la elección presidencial de Donald Trump.

[3] AEPD (2020), Tecnologías y protección de datos en las Administraciones Públicas. Puede consultarse en: https://www.aepd.es/es

[4] Art. 23 Ley 15/2022 de 12 de julio integral de igualdad de trato y de no discriminación.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno a través de la adquisición de datos, interpretando los datos estructurados o no estructurados recopilados, razonando sobre el conocimiento o tratamiento de la información fruto de estos datos y decidiendo las mejores acciones que se llevarán a cabo para alcanzar el objetivo fijado"[5] .

La IA que se está desarrollando actualmente se nutre de datos y aprende de ellos, usando algoritmos para dar respuesta a una pregunta formulada con anterioridad, lo que reemplaza al razonamiento humano. Según Huergo Lora (2020:27), el concepto de algoritmo nos remite a "cualquier procedimiento formalizado en una serie de pasos para solucionar un problema o conseguir un resultado". El elemento clave de estos sistemas es el empleo de datos masivos con los que operan y de los que dependen.

El concepto de toma de decisiones asistida por algoritmos en el ámbito administrativo, siguiendo a Velasco Rico (2022:232), se refiere al uso de estas herramientas por parte de actores públicos en el ámbito de sus competencias para la adopción de decisiones de carácter general (nueva reglamentación, nueva política pública, etc.), o bien para la toma de decisiones de carácter individual (resoluciones particulares, actos administrativos, etc.). La toma de decisiones asistida por algoritmos incluye, pero no se identifica exclusivamente, con aquellos supuestos en los que el software o el sistema actúa y decide al margen de la intervención humana. Además, dicho concepto integra los modelos computacionales y los programas informáticos de apoyo a la toma de decisiones, sin que el sistema sea autónomo. Todas estas herramientas analíticas comparten procesos de acopio y tratamiento de datos, la búsqueda de relaciones (de patrones) –muchas veces no obvias– entre los datos y el análisis sistemático de esas relaciones, para responder a una pregunta.

Hoy en día, los algoritmos más destacados son aquellos que, de forma automática, crean un modelo sobre la base de lo que aprenden de los datos con los que han sido entrenados para acabar tomando decisiones de forma autónoma. Estos son los denominados sistemas de machine learning o de aprendizaje automático. En este tipo de algoritmos, los programadores no introducen las reglas para la toma de decisiones, sino que es el propio sistema el que las crea. Como apunta Cerrillo (2019:4) "a partir de los datos disponibles, el algoritmo identifica patrones y correlaciones entre los datos que son utilizados posteriormente para generar un modelo cuya calidad es evaluada estadísticamente y, en su caso, mejorada a partir de los resultados que se van obteniendo. Posteriormente, el algoritmo es utilizado sobre nuevos datos".

[5] AI HLEG. 2018. *A definition of AI: main Capabilities and Disciplines. Brussels: European Commission*, p. 6. Disponible en: https://digital-strategy.ec.europa.eu/es. La definición que maneja la propuesta de Reglamento de Inteligencia artificial es mucho más restrictiva. Se recoge en el artículo 3 al que veremos más adelante.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

En España se ha generalizado el uso de sistemas algorítmicos de apoyo para la toma de decisiones en la Administración Pública en los más diversos sectores, como en los procesos selectivos, en la sanidad o en el ámbito policial así los sistemas de predicción del riesgo de violencia de género (VioGén). También se están utilizando algoritmos en la detección de fraudes y casos de corrupción (Agencia Tributaria, Inspección de Trabajo) y en procesos de asignación de ayudas sociales (bono social eléctrico).

3.- La opacidad de los algoritmos utilizados en las decisiones automatizadas: la transparencia administrativa

Se entiende por actuación administrativa automatizada cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público. En estos supuestos, deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación[6]. Como aclara Martín Delgado (2009:360), el hecho de que la decisión haya sido adoptada por una máquina de forma automatizada no implica que la actuación se le impute a ella, sino que la autoría del acto recaerá sobre el órgano administrativo que ejerce la potestad y tiene encomendada la competencia.

En términos generales, hay algoritmos que simplemente sirven para facilitar la actuación administrativa y vuelcan el contenido de las normas en un programa para que sea más fácil aplicarlas. Se utilizan en decisiones regladas. En estos casos, el programa informático es instrumental y no aporta nada al contenido de la decisión administrativa. Por ejemplo, el otorgamiento de certificados o la jubilación de un funcionario por razón de su edad. Por el contrario, es muy frecuente que el titular del órgano adopte la decisión sobre la base -entre otros elementos- de predicciones algorítmicas. La inteligencia artificial, entendida como predicciones algorítmicas, no necesariamente supone actuación automatizada (Huergo Lora.2021:87). Los sistemas de inteligencia artificial, cuando se aplican por la Administración, se mueven en los campos menos controlados jurídicamente, como ocurre, por ejemplo, con las decisiones por las que se selecciona a los sujetos que van a ser inspeccionados. Se trata de actos de trámite que normalmente no son recurribles, que no es necesario motivar y que muchas veces se toman por razones subjetivas. Otra cosa muy distinta será utilizar estos sistemas para la toma de auténticas resoluciones (Huergo Lora 2021:86). Para Martín Delgado (2009:369-370), la aplicación de la actuación

[6] Artículo 41 de la L40/2015, de 1 de octubre de régimen jurídico del Sector Público desarrollado por el artículo 13 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo en el ámbito de la Administración general del Estado y el artículo 44 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña.

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

administrativa automatizada exclusivamente al campo de las potestades regladas no ha lugar a la duda, aunque también cabría la automatización de la decisión en el ejercicio de una potestad administrativa discrecional cuando la libertad decisoria se concreta en criterios técnicos y no políticos. Para Ponce Solé (2019:29-30), cuando se ejerce discrecionalidad administrativa y se toman en consideración hechos, intereses y derechos de personas, la empatía entendida como la capacidad para ponerse en el lugar del otro debería estar presente y parece que sólo podría ejercerla un ser humano. Estaríamos ante el sabio ejercicio del poder, basado en una ponderación cuidadosa de las circunstancias pertinentes en cada toma de la decisión[7].

En primer término, acudiendo al principio de transparencia administrativa[8] y al derecho a una buena administración del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), habría que comenzar dando a conocer qué aplicaciones de inteligencia artificial utilizan las Administraciones Públicas. Uno de los problemas más acuciantes en el uso de los sistemas algorítmicos es el de su opacidad. La Administración utiliza instrumentos técnicos cuya razón última resulta desconocida para el funcionario medio, quien además ha de desarrollar nuevas destrezas, así como para el ciudadano. Ello se acrecienta con el uso de los algoritmos opacos o de caja negra (De la Sierra Morón.2020:7). Los algoritmos son considerados como cajas negras por tres razones: la opacidad, fruto de su complejidad técnica, al emplearse lenguaje de programación; la confidencialidad o el secreto sobre el contenido de los mismos; y la ausencia de acceso a su código fuente[9] (Baz Lomba.2021:128). Habría que profundizar en dar publicidad activa a los algoritmos utilizados por los organismos públicos[10]. Por ello,

[7] En esta línea la ley catalana 26/2010, de 3 de agosto de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña que en su artículo 4.4.2 señala: "Sólo son susceptibles de actuación administrativa automatizada los actos que puedan adoptarse con una programación basada en criterios y parámetros objetivos".

[8] Si bien la transparencia no aparece recogida en la Constitución Española (CE), si se recoge el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23 CE) y el deber de los poderes públicos de fomentar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (artículo 9.2 CE). Este principio supone dar a conocer a los ciudadanos asuntos relacionados con la actividad de los poderes públicos para fomentar el control de la gestión de la vida pública con apoyo constitucional en el principio democrático.

[9] El código fuente de un algoritmo se define por la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP) en su Resolución 123-124/2016 acumuladas, de 21 de septiembre de 2016, como el conjunto de instrucciones escritas-en lenguaje de programación que corresponda- del programa informático empleado para implementar el algoritmo.

[10] La fundación Ethicas ha desarrollado un observatorio de algoritmos de impacto social (OASI). Este contiene un Registro de algoritmos que están siendo desarrollados e implementados por diferentes instituciones y organizaciones en todo el mundo. El Registro OASI recopila, clasifica y hace que los algoritmos se puedan buscar, y se actualiza periódicamente con nuevos contenidos. Puede accederse a dicho registro a través del enlace: https://eticasfoundation.org/es/

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

sería deseable para los algoritmos empleados por las Administraciones Públicas la puesta en marcha de un registro público que los identifique en base al principio de transparencia[11].

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, resulta evidente que, si se pretenden usar estos sistemas como herramientas de apoyo a la toma decisiones, ya sea en procedimientos reglados o en aquellos otros de naturaleza discrecional[12] (Martínez Gutiérrez.2021:11), o como sistemas que acaben sustituyendo toda intervención humana, la Administración debería estar obligada a facilitar al ciudadano una explicación sobre el funcionamiento del algoritmo en un lenguaje comprensible. Y ello, particularmente, cuando el acceso al código fuente del algoritmo no sea posible, o sea tan complejo que lo haga inaccesible para un ciudadano medio (Velasco Rico.2022:235).

Hasta ahora, las normas sobre protección de datos han sido la primera respuesta normativa a este fenómeno de las decisiones automatizadas cuando se empleen datos personales, si bien los datos de entrenamiento para las predicciones algorítmicas suelen estar anonimizados. En términos generales, a todos los tratamientos automatizados de datos personales les resulta aplicable íntegramente el régimen de protección de datos, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de datos y garantía de derechos digitales (LOPGDD), que establece la necesidad de que los sistemas se configuren de conformidad a la privacidad desde el diseño (Martínez Gutiérrez.2021:14). Las exigencias generales del principio de la transparencia contemplado en el artículo 5.1 RGPD son los derechos de información de los artículos 13 y 14 RGPD y el artículo 11 de la LOPGDD y el derecho de acceso del articulo 15 RGPD y artículo 13 LOPDGDD, que forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales del artículo 18.4 CE. Este último derecho se encuentra consagrado en el artículo 8.2 CDFUE, cuando dispone que toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan.

En cuando a las decisiones individuales automatizadas, se prohíben salvo que se cumplan determinados requisitos. En primer término, el artículo 22 RGPD contiene como regla general una prohibición de las decisiones puramente automatizadas, es decir, tomadas sin intervención humana, y ello tanto si se basan en una elaboración

[11] De acuerdo con el artículo 157.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de régimen jurídico del Sector Público, las Administraciones podrán declarar como fuentes abiertas las aplicaciones, desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares, cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública.

[12] Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987: "la potestad que (…) tiene la Administración de elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o de conveniencia que la Ley no predetermina, sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su subjetivo criterio".

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

de perfiles como en otras fuentes de datos. Con esta disposición se pretende dotar al interesado de un control sobre sus datos personales[13]. Ahora bien, esta prohibición se aplica únicamente cuando se dan unas condiciones muy estrictas: la falta de intervención humana y la producción de efectos jurídicos o la afectación significativa, de forma similar, a un interesado.

La falta de intervención humana determina la aplicación del art. 22 RGPD, con sus garantías reforzadas. Por ello, no sería extraño que algunos sistemas simulen intervenciones de expertos para eludir este precepto. Siguiendo al Grupo de Trabajo del artículo 29, la intervención humana debe ser cualitativamente significativa -meaningful–, autorizada y competente para modificar la decisión. Para Palma Ortigosa (2019:9), si la decisión que toma el algoritmo es la que finalmente acaba adoptándose por el humano sin realizar un análisis de tal decisión o simplemente existe una mera supervisión, hay que entender que tal decisión es plenamente automatizada y, por tanto, se incluiría en el ámbito de aplicación del artículo 22 RGPD. Esta será una tarea que corresponderá acreditar en la evaluación de impacto de protección de datos (art.35 RGPD y art.28 LOPDGDD).

Por otra parte, resulta difícil precisar qué se considera efectos jurídicos o afectación suficientemente significativa para un interesado. Podrían ajustarse a esta categoría las siguientes decisiones: "las que afecten a las circunstancias financieras de una persona, como su elegibilidad para un crédito; aquellas que afecten al acceso de una persona a los servicios sanitarios; o que denieguen a una persona una oportunidad laboral o que la coloquen en gran desventaja; o que afecten al acceso de una persona a la educación, por ejemplo, su ingreso en la universidad".[14]

Hay que tener en cuenta que la prohibición del párrafo primero del artículo 22 RGPD no es absoluta y admite excepciones cuando se cumplan las condiciones contempladas en el apartado segundo. El precepto viene a indicar cuáles son las únicas bases jurídicas que justifican este tratamiento. En el caso de las Administraciones Públicas, la única que legitima este tratamiento es la habilitación normativa del articulo 22.2 b) RGPD, que permite al Derecho de los Estados miembros que autorice a los responsables a llevar a cabo aquel. Así, la ley de régimen jurídico del sector público, ley 40/2015 de 1 de octubre (LRJSP), antes mencionada, hace referencia a la actuación administrativa automatizada, previéndose la posibilidad de realizar auditorías a los códigos fuente en los que se

[13] El Grupo de trabajo del articulo 29 al abordar si el concepto derecho del articulo 22.1 RGPD implica la necesidad de invocación activa del interesado de acción por su parte o establece una prohibición general se decanta por esta última interpretación pues refuerza la idea de que sea el interesado quien tenga el control sobre sus datos personales, lo cual corresponde con los principios fundamentales del RGPD. Grupo de Trabajo para la protección de datos del articulo 29 (2017) *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679.* p. 22. Puede accederse a dicho informe a través de : https://www.aepd.es/es

[14] Ibidem, p.24.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

basan los programas que dictan los actos administrativos, así como el órgano responsable a efectos de impugnación (art.41.2 LRJSP). Y en el mismo sentido, el artículo 96.3 de la Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre (LGT), dispone que cuando la Administración tributaria actúe de forma automatizada se garantizará la identificación de los órganos competentes para la programación y supervisión del sistema de información y de los órganos competentes para resolver los recursos que puedan interponerse.

Conforme al artículo 22.3 RGPD, los responsables del tratamiento deben proporcionar las garantías apropiadas, incluido "el derecho a obtener la intervención humana… a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión". Estas facultades solo se prevén cuando el tratamiento sea necesario para la celebración o ejecución de un contrato o cuando esté basado en el consentimiento del particular (art. 22.3 RGPD). Por tanto, en relación con las Administraciones Públicas, los particulares no gozarán en principio de tales derechos, salvo que las normas nacionales los prevean. En este supuesto, compartimos la opinión de Palma Ortigosa (2019:32) de que, si las normas que desarrollen el artículo 22.2 b) RGPD no contemplan unas garantías adecuadas, estas deberían ser como mínimo las mismas que se prevén en el número 3 del mismo artículo, es decir, el derecho a obtener la intervención humana por parte del responsable, el derecho del interesado a expresar su punto de vista y el derecho a impugnar la decisión automatizada, entendida como la posibilidad de revertir la decisión en un contexto prejudicial. En definitiva, un conjunto de facultades que suponen para el particular todo un sistema de garantías sobre las decisiones tomadas por una máquina que le afecten.

A los anteriores cabe añadir el derecho a obtener una explicación sobre la decisión automatizada del Considerando 71 RGPD. Estas facultades se materializan en los artículos 13.2 f) y 14.2 g) RGPD, que obligan al responsable del tratamiento a informar al interesado sobre la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles a la que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4 RGPD, y al menos en tales casos, a otorgarle *información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado* (la cursiva es nuestra). Y en términos idénticos se pronuncia el RGPD, sobre el derecho del interesado a acceder a sus datos personales y a determinada información del artículo 15.1 h) RGPD.

La doctrina ha puesto énfasis en este último precepto, como referencia general para una nueva garantía: un derecho a la explicación de las decisiones automatizadas (Roig. 2020:28). No obstante, el Grupo de Trabajo del artículo 29 ha sostenido que el RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada, no necesariamente una completa explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo[15]. Sin olvidar que el derecho

[15] Ibidem, p.28.

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

a la protección de datos no es un derecho absoluto, debiendo ponderarse con otros bienes jurídicos en juego, como los derechos de propiedad intelectual o los secretos comerciales a los que puede estar sometido el algoritmo. En opinión de Medina Guerrero (2022:165), de los preceptos involucrados en el tema (entre ellos el considerando 71 y los problemas de su carácter vinculante o no) resulta muy difícil sostener que del RGPD se derive inmediatamente el derecho a la explicación algorítmica como norma armonizada para toda la Unión. Dicho esto, en el ámbito de las relaciones Administración/administrados no deja de percibirse un deber de explicación o motivación de las decisiones concretas, constitucionalmente exigible no ya como una exigencia derivada del derecho fundamental a la protección de datos personales, sino como una obligación impuesta por manifestaciones esenciales del Estado de Derecho, como las contenidas en los artículos 9.3 CE en relación con el artículo 24 CE y el artículo 106 CE. En este sentido, se pronuncia el artículo 35 de la ley 39/2015 de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Mas adecuado nos parece sostener que el fundamento constitucional del derecho a la explicación de las decisiones automatizadas se encuentra en el derecho de acceso a la información pública recogido en el artículo 105 b) CE, como opción para conocer los algoritmos que emplean las Administraciones Públicas en la toma de decisiones. Este derecho está desarrollado en el artículo 13 d) LPAC y, fundamentalmente, en los artículos 12 y siguientes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), cuyo artículo 12 dispone específicamente que:

"Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley".

Partiendo de un concepto amplio de información pública, que el artículo 13 define como "los contenidos o documentos, *cualquiera que sea su formato o soporte*, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones" (la cursiva es nuestra), podría interpretarse que los algoritmos son información pública. En base a ese derecho de acceso a la información pública, las autoridades de Transparencia han reconocido que dicho concepto incluye también los algoritmos que haya utilizado la Administración[16].

Esta necesidad de explicación de las decisiones automatizadas acabará imponiéndose en la práctica por el desarrollo de la normativa sobre transparencia. En este sentido, ha sido pionera la nueva ley 1/2022, de 13 de abril de Transparencia

[16] Resolución 0093/2019 de 22 de febrero de la Comisión de Garantía del derecho de acceso a la información pública de Cataluña (GAIP) y Resoluciones RT 0748/2021 y RT 0253/2021 de 19 de noviembre del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana, que en su artículo 161.1 l) impone a las Administraciones Públicas, la obligación de publicar la relación de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial que tengan impacto en los procedimientos administrativos o la prestación de los servicios públicos, con la descripción de manera comprensible de su diseño y funcionamiento, el nivel de riesgo que implican y el punto de contacto al que poder dirigirse en cada caso, de acuerdo con los principios de transparencia y explicabilidad.

4.- El control de los algoritmos empleados por las Administraciones Públicas

4.1.- La respuesta europea

La ausencia de un marco jurídico específico de la IA no es obstáculo, como es obvio, para la aplicación en este terreno de las garantías constitucionales para la protección de los derechos fundamentales. La Unión Europea (UE) ha sido pionera en explorar respuestas legales a los desafíos que plantea el uso de la IA. Desde 2017, ha estado trabajando en el establecimiento de una política común sobre la IA y analizando los riesgos de estas nuevas tecnologías[17]. Entre los documentos más relevantes podemos citar la Comunicación COM (2019)168 de 8 de abril, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano (Gamero Casado. 2021:271). Asimismo, el 19 de febrero de 2020, la Comisión Europea presentó el "Libro Blanco sobre inteligencia artificial– un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza"[18], en el que considera conveniente mejorar el marco normativo europeo. A partir de sus postulados se desarrollarán las líneas de actuación de la UE en esta materia. Entre sus propuestas, se incluye la creación de una red de autoridades de control algorítmico para supervisar el uso de estos sistemas, tanto en el sector privado como en el público. Como señala Soriano Arnanz (2021:118), estas instituciones deberían estar integradas por personal procedente de diferentes disciplinas en la protección de los derechos fundamentales y en el campo de la ética algorítmica, ya que se echa en falta que a la hora de su diseño no se tengan en cuenta la protección de la igualdad y otros valores y principios democráticos.

Paralelamente a la Comisión, también el Parlamento Europeo ha impulsado varias iniciativas, entre la que cabe destacar la Resolución de 20 de enero de 2021 sobre

[17] El 25 de abril de 2018 la Comisión Europea expuso una iniciativa sobre inteligencia artificial en su Comunicación Inteligencia Artificial para Europa en la que propuso un enfoque que coloca a las personas en el centro del desarrollo de la inteligencia artificial y entre cuyos fines figuraba el de garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado basado en los valores de la Unión y en consonancia con la CDFUE. Vid. COM(2018)237 final ; El 4 de diciembre de 2018 la Comisión propuso elaborar un Plan Coordinado con los Estados miembros entre el que se abordarían las cuestiones de carácter ético y jurídico Vid. Comunicación sobre Plan coordinado sobre inteligencia artificial COM/2018/795 final.

[18] COMISIÓN EUROPEA, "Libro Blanco sobre inteligencia artificial– un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza", COM(2020) 65 final. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional[19].

Algunas de las líneas de acción han pasado a convertirse en mandatos normativos mediante el Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240. Esta norma regula en su artículo 5 los objetivos específicos de la Unión en materia de IA: "Las soluciones basadas en la IA y los datos que se faciliten deberán respetar el principio de privacidad y seguridad desde el diseño y deberán respetar plenamente la normativa sobre protección de datos"[20].

Asimismo, en abril de 2021 se publicó la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial de la Unión Europea, también conocida como Ley de IA, Artificial Intelligence Act (AIA). Se trata de una regulación novedosa en esta materia, a la que le queda un largo camino por recorrer hasta que finalmente entre en vigor. El objetivo que persigue es que los sistemas de IA que se utilizan en Europa sean seguros y respeten los derechos fundamentales. Ciertamente, supone un avance muy positivo y necesario para generar confianza en esta tecnología y representa la adopción por la UE de una posición de liderazgo a nivel mundial, como ya lo hizo en materia de protección de datos. Si bien hay que señalar que la regulación está pensada para proveedores, desarrolladores y usuarios de la IA, echándose en falta alguna mención expresa a los afectados por los sistemas de IA, a sus derechos y sus posibles mecanismos de garantía. La Administración Pública será muy posiblemente usuaria de servicios de inteligencia artificial cuyo uso adquiere.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la definición de sistema de inteligencia artificial (sistema de IA) que maneja la Propuesta de Reglamento se encuentra en su artículo 3: el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I[21] y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los

[19] PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 20 de enero de 2021, sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en los ámbitos de los usos civil y militar, así como de la autoridad del Estado fuera del ámbito de la justicia penal (2020/2013(INI)), DOUE, C456, 10/11/202, pp.34-46.

[20] Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu

[21] ANEXO I TÉCNICAS Y ESTRATEGIAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL mencionados en el artículo 3, punto 1: a) Estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo. b) Estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico). c) Estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización.

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

que interactúa. La definición de «sistema de IA» que figura en el marco jurídico pretende ser tecnológicamente neutra y resistir al paso del tiempo lo mejor posible, habida cuenta de la rápida evolución de la tecnología y del mercado en relación con la IA.

La norma establece un sistema de control basado en niveles de riesgo. Según el artículo 6 de esta propuesta y el Anexo III de la misma, se consideran sistemas de IA de alto riesgo y, por tanto, sometidos a unos requisitos específicos para poder ser utilizados en el ámbito de la Unión Europea, los utilizados en: a) la identificación biométrica y categorización de personas físicas; b) la gestión y funcionamiento de infraestructuras esenciales (como la gestión y funcionamiento del tráfico rodado y el suministro de agua, gas, calefacción y electricidad, etc.); c) la educación y formación profesional; d) el empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo; e) el acceso y disfrute de servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios (como los sistemas de IA destinados a ser utilizados por las autoridades públicas, o en su nombre, para evaluar la admisibilidad de las personas físicas para acceder a prestaciones y servicios de asistencia pública, así como para conceder, reducir, retirar o recuperar dichas prestaciones y servicios); f) los utilizados por las fuerzas policiales o judiciales (como polígrafos y herramientas similares, los sistemas para la evaluación de la fiabilidad de las pruebas durante la investigación o el enjuiciamiento de infracciones penales o los utilizados para predecir la frecuencia o reiteración de una infracción penal real o potencial); g) la gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo. Como puede apreciarse, muchas de estas tareas se realizan por las Administraciones Públicas, por lo que su utilización deberá estar sujeta a los requisitos establecidos por el Reglamento.

La calidad de los datos utilizados para la programación es uno de los grandes desafíos de los sistemas de IA. La inadecuación de los bancos de datos puede producir sesgos o disfunciones del sistema. El artículo 10 de la propuesta establece garantías y requisitos específicos en relación con esta cuestión (Gamero Casado.2021:282).

No obstante, la normativa resulta un tanto abstracta e imprecisa y no aborda los problemas asociados al uso de estas nuevas tecnologías, derivados, entre otros, de la opacidad, la complejidad y la capacidad para un funcionamiento autónomo de los algoritmos. Así, no se refiere en ninguna ocasión a los derechos individuales de las personas afectadas por el funcionamiento de estos sistemas de IA. En concreto, la propuesta de "Ley de Inteligencia Artificial" europea trata de establecer una serie de requisitos relacionados con la transparencia, explicabilidad y comprensibilidad de los sistemas, con el objetivo de someterlos a fiscalización. El artículo 11 de la propuesta establece la obligación de preparar y mantener actualizada la documentación técnica relativa al sistema. El considerando 46 aclara que "para verificar si los sistemas de IA de alto riesgo cumplen los requisitos previstos en el presente Reglamento, resulta esencial disponer de información sobre el modo en

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

que se han desarrollado y sobre su funcionamiento durante todo su ciclo de vida. A tal fin, es preciso llevar registros y disponer de documentación técnica que contenga la información necesaria para evaluar si el sistema de IA en cuestión cumple los requisitos pertinentes. Dicha información debe incluir, en particular, *los algoritmos*" (la cursiva es nuestra). Y en cuanto a la obligación de transparencia, el considerando número 47 la explica con mayor claridad: "cierto grado de transparencia respecto de los sistemas de IA de alto riesgo para subsanar la opacidad que puede hacer a algunos de ellos incomprensibles o demasiado complejos para las personas físicas. Los usuarios deben ser capaces de interpretar la información de salida del sistema y de usarla adecuadamente. En consecuencia, los sistemas de IA de alto riesgo deben ir acompañados de la documentación y las instrucciones de uso oportunas e incluir información clara y concisa, en particular sobre los posibles riesgos para los derechos fundamentales y de discriminación, cuando corresponda". En este sentido, los artículos 13 y 52. No obstante, no se reconoce un derecho a la información como tal por parte de las personas físicas afectadas por el funcionamiento del sistema. No hay obligaciones de transparencia como garantía de cara al afectado.

Dada la capacidad de estos sistemas de evolucionar a medida que son utilizados, se establece la obligación de registrar los eventos del sistema (art.12), la cual tiene relevancia, puesto que estos funcionan de manera autónoma, modificando constantemente los parámetros de análisis, lo que dificulta la prueba en los casos de discriminación algorítmica o cuando se trate de acreditar la ilegalidad de la decisión automatizada.

Y, finalmente, se recoge la posibilidad de vigilancia humana, en el sentido de que los sistemas de IA se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser supervisados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, para prevenir o reducir al mínimo los riesgos para los derechos fundamentales. Para Gamero Casado (2021:282), las medidas en este sentido son relevantes, pero insuficientes, pues considera que para ajustarse a esta finalidad, la supervisión humana debe llevarse a cabo por especialistas, de ahí que debería confiarse expresamente a equipos multidisciplinares, en el que tengan cabida tanto técnicos como juristas.

Entre los aspectos destacables, la propuesta prohíbe expresamente los sistemas de puntuación social (social score)[22] y de vigilancia biométrica masiva, salvo

[22] En el marco de la UE la propuesta de Reglamento contempla expresamente en el considerando 17 los llamados sistemas de puntuación social o social score, "sistemas de IA que proporcionan calificaciones sociales de personas físicas para su uso con fines generales por parte de las autoridades públicas o en representación de estas pueden tener resultados discriminatorios y abocar a la exclusión a determinados grupos. Pueden menoscabar el derecho a la dignidad y la no discriminación y los valores de igualdad y justicia. Dichos sistemas de IA evalúan o clasifican la fiabilidad de las personas físicas en función de su comportamiento social en múltiples contextos. La calificación social resultante de dichos sistemas de IA puede dar lugar a un trato perjudicial o desfavorable de personas físicas o colectivos enteros en contextos sociales que no guardan relación con el contexto donde se generaron o recabaron los datos originalmente, o a un trato perjudicial desproporcionado o injustificado en

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

excepciones, impidiendo en el primer caso a las autoridades públicas emplear la IA para evaluar los distintos aspectos de la vida de las personas, para, a partir de ello, determinar el acceso a servicios, ayudas y contratos o imponerles sanciones o penas.

4.2.- El control judicial de las decisiones automatizadas en el sector público

Hasta el momento, el control efectivo sobre el uso de los algoritmos ha recaído en los órganos jurisdiccionales. Principios básicos como el de transparencia resultan de aplicación en este nuevo ámbito, como se ha puesto de manifiesto en algunas resoluciones judiciales en el Derecho Comparado. Frente a la postura en el ámbito anglosajón que defiende la inexistencia de la obligación de informar cómo funciona el algoritmo, (sentencia del Tribunal Supremo de Wisconsin en el caso State v. Loomis, de 10 de marzo de 2017), en Europa se impone la necesidad de particulares garantías, en supuestos donde los algoritmos sirven de apoyo a la toma de decisiones por parte de la Administración o son fuente de decisiones automatizadas. Hemos seleccionado algunos ejemplos.

4.2.1.- Italia

El Consejo de Estado italiano se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el uso de los algoritmos por las Administraciones Públicas. Traemos a colación una de ellas, la Sentencia núm. 8472 de 13 de diciembre de 2019[23]. Se trataba de un procedimiento de movilidad nacional de personal docente, cuyo resultado, realizado sobre la base de un algoritmo desconocido y que no funcionó correctamente, dispuso los traslados sin tener en cuenta las preferencias expresadas por los solicitantes, a pesar de la existencia de plazas disponibles en las provincias indicadas.

En el recurso de apelación, el Consejo de Estado considera, que "la utilización de procedimientos informáticos no puede ser motivo de elusión de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico y que rigen la conducta de las actividades administrativas. En este contexto, en efecto, el uso del algoritmo debe enmarcarse correctamente en términos de módulo organizativo, de instrumento procesal y preliminar, sujeto a los controles propios de todo procedimiento administrativo, que sigue siendo el modus operandi de la elección autoritaria, a realizarse sobre la base de la legislación que confiere el poder y los fines atribuidos por la misma al organismo público titular del poder". Y añade, a la luz de la normativa supranacional, los tres principios que constituyen los elementos de garantía mínima para cada supuesto de uso de algoritmos en la toma de decisiones públicas: el principio de cognoscibilidad, que supone el derecho a conocer la existencia de decisiones que nos conciernen adoptadas por algoritmos y, correlativamente, como deber de quienes tratan los datos de forma automatizada, de ponerlo en conocimiento del

relación con la gravedad de su comportamiento social. Por lo tanto, dichos sistemas de IA deben prohibirse".

[23] Sentencia del Consejo de Estado núm. 8472, de 13 de diciembre de 2019. Disponible en: https://www.giustizia-amministrativa.it

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

interesado, acompañado de mecanismos capaces de descifrar la lógica utilizada por el algoritmo; el principio de no exclusividad de la decisión algorítmica, entendido como la necesaria existencia en el proceso de toma de decisiones de una contribución humana capaz de controlar, validar o denegar la decisión automática; y el principio fundamental de no discriminación algorítmica, según el cual procede que el responsable del tratamiento utilice procedimientos matemáticos o estadísticos apropiados para la elaboración de perfiles, poniendo en marcha medidas técnicas y organizativas adecuadas para asegurar, en particular, que se corrijan los factores que dan lugar a inexactitudes en los datos y se minimice el riesgo de error, y para garantizar la seguridad de los datos personales, de forma que se tengan en cuenta los riesgos potenciales existentes para la intereses y derechos de los interesados y se impidan, entre otros, los efectos discriminatorios contra las personas por motivos de raza u origen étnico u opiniones políticas. En estos casos, los datos de "entrada" deben corregirse para evitar efectos discriminatorios en la toma de decisiones; esta operación obviamente requiere la necesaria cooperación de quienes entrenan a las máquinas que producen tales decisiones. En su resolución, el Consejo de Estado concluye que la imposibilidad de comprender las formas en que a través del mencionado algoritmo se han asignado las plazas disponibles, constituye en sí mismo un defecto tal que invalida el procedimiento, por la falta de transparencia del mismo.

4.2.2.- Países Bajos

Sin embargo, la sentencia más conocida y comentada (Cotino Hueso. 2020) en esta materia ha sido la del Tribunal del Distrito de la Haya de 5 de febrero de 2020. Su peculiaridad reside en que impone un estándar muy elevado de garantías.

Esta sentencia fue dictada en relación con el programa "SyRI" utilizado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social holandesa para detectar y prevenir casos de fraude cometidos en la percepción de prestaciones a la seguridad social. El programa generaba informes de riesgo, es decir, señalaba si una persona física o jurídica debía ser investigada con respecto a un posible fraude, uso ilegal e incumplimiento de la legislación. El objeto del proceso judicial era la conformidad o no de la ley que regulaba este programa con el articulo 8 CEDH y no con la CDFUE o con el RGPD, dada la peculiaridad de la Constitución de los Países Bajos, donde no existe control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes (artículo 120) y este se ha articulado en relación con el CEDH, dada su apertura a los Tratados internacionales que son expresamente vinculantes (artículo 94).

El Tribunal partió de una concepción amplia del derecho al respeto a la vida privada para englobar también la protección de datos personales y aplicó un canon más estricto de control al legislador de SyRI, por un deber de responsabilidad especial cuando se aplican las nuevas tecnologías. En base a ello, aunque reconoció que la norma contemplaba con suficiente precisión y claridad las restricciones del derecho y su finalidad era legítima, el órgano judicial declaró la violación del artículo 8 CEDH

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

porque la legislación no respetó el principio de proporcionalidad. No había garantías suficientes debido a la gran cantidad de datos recopilados, de varios tipos y de fuentes diferentes, y no se conocían los indicadores ni el modelo de riesgo ni los criterios objetivos que subyacían a la validez de estos. Lo interesante del caso es que el sistema incluía garantías de anonimización, de división funcional, de borrado y de confidencialidad. Todo ello se valoró positivamente en la sentencia. No obstante, estas garantías no eran suficientes, porque la forma en que se llevó a cabo la selección definitiva del riesgo no era pública. La razón de la falta de información a los ciudadanos era que los defraudadores pudieran ajustar su conducta para eludir ser considerados perfiles de riesgo a inspeccionar, pero para el tribunal esto no era suficiente justificación. El órgano judicial echó en falta una revisión exhaustiva de antemano, o una revisión por un tercero independiente, con el fin de evaluar si era necesaria o no la restricción de derechos. La evaluación de impacto no se había llevado a cabo por excepción legal (artículo 30.10 RGPD). Sin embargo, la sentencia considera que hubiera servido para compensar la falta de garantías suficientes. Además del principio de transparencia (caja negra, opacidad, falta de información a los interesados), la sentencia tiene en cuenta los derechos de defensa y de no discriminación, aunque todo bajo la cobertura del art.8 CEDH. Los demandantes consideraban que tenía un efecto estigmatizador al investigar los barrios más marginales.

4.2.3.- España

En el caso de España, no hay apenas jurisprudencia sobre la materia. Conviene citar el caso del algoritmo (BOSCO) empleado en la concesión del bono social eléctrico. La solicitud de acceso al código fuente de este algoritmo fue rechazada por el Ministerio para la Transición Ecológica. Presentada reclamación ante el Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno, este la denegó amparándose en la protección de la propiedad intelectual del sistema[24], límite al derecho de acceso a la información pública. La sentencia 143/2021, de 30 de diciembre, del Juzgado Central Contencioso Administrativo número 8 de Madrid, desestimó igualmente la demanda de acceso al código fuente. Sobre el límite de la propiedad intelectual señala esta resolución que "hay que tener en cuenta que el código fuente de la mencionada aplicación informática no está dentro de las exclusiones de la propiedad intelectual, mencionadas en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de propiedad intelectual[25], precepto invocado por la entidad recurrente, pues dicho código no es una norma ni un acto administrativo".

[24] Sobre que el derecho de acceso a la información pública debe verse limitado por la protección de propiedad intelectual cuando se empleen algoritmos se alega el art.14.1 j) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

[25] Artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de propiedad intelectual: "No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos,

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

5.- Los efectos discriminatorios de los algoritmos: el artículo 23 de la L15/2022

Si bien los algoritmos empleados por las Administraciones Públicas tienen el potencial de promover la eficacia, también pueden reforzar discriminaciones históricas que no siempre serán fáciles de apreciar, por ejemplo, contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada.

Para que los supuestos de discriminación algorítmica puedan considerarse como de discriminación directa, será necesario que el sistema se entrene con datos que no deben tomarse en consideración por impedirlo el artículo 14 CE. Pero incluso si no se procesan esta clase de datos, también puede ocurrir que se tomen decisiones basándose en datos aparentemente inocuos. Serían los supuestos de discriminación directa por inferencia. Por ejemplo, si se utilizan datos no actualizados. En todos estos casos será especialmente difícil probar el nexo causal entre el tratamiento menos favorable y la pertenencia al grupo protegido si no se garantiza una plena transparencia de la instrucción del algoritmo. Es preciso que al menos sea accesible al tribunal[26]. Los datos no representativos o los datos insuficientes pueden ser también ser causa de sesgos discriminatorios.

Al propio tiempo, cabe la posibilidad de situaciones de discriminación algorítmica indirecta, esto es, decisiones aparentemente neutras que dan lugar a resultados más perjudiciales para los miembros de un grupo especialmente protegido que para los ajenos al mismo. Para que una justificación se considere suficiente debe acreditarse que la medida aparentemente neutra persigue un objetivo legítimo y supera el test de proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La tendencia de los seres humanos a confiar en la neutralidad de los sistemas automatizados incrementa el riesgo de que se tienda a aceptar los sesgos generados por estos sistemas como necesarios, concluyendo que superan el test de proporcionalidad de las medidas indirectamente discriminatorias. Este riesgo se encuentra especialmente presente en aquellos casos en los que se demuestre que el sistema tiene un elevado nivel de precisión. Dicha precisión en muchas ocasiones será el resultado de la incorporación y reflejo por parte del algoritmo de la estructura social discriminatoria y, sin embargo, por las características propias de los sistemas automatizados y la percepción de neutralidad que se tiene de estos sistemas, es probable que los tribunales terminen por aceptar decisiones automatizadas que perpetúan la situación de desventaja de algunos grupos (Soriano Arnanz. 2022:162).

---

las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores".

[26] AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA, 2018. *Manual de legislación europea contra la discriminación*, pp. 43-71. Disponible en: https://www.echr.coe.int/

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

Asimismo, hay muchas posibilidades de que se produzcan errores o se introduzcan sesgos durante el desarrollo del sistema algorítmico y durante su funcionamiento. Por eso debe ponerse en tela de juicio la aparente mayor objetividad de los algoritmos, porque también las máquinas tienen fallos. Las conclusiones alcanzadas por estos sistemas se basan en correlaciones que se consideran suficientemente fiables, aunque no exista una prueba de causalidad. Estamos acostumbrados a que las decisiones se tomen en función de criterios razonados, explicables, lo que nos remite a juicios de causalidad o de tipo normativo. En cambio, los algoritmos predictivos suponen una nueva perspectiva. Se analiza una gran cantidad de datos referidos a experiencias anteriores de las que sabemos qué resultados produjeron y se extraen correlaciones, es decir, se identifica automáticamente qué características o grupos de características han llevado a los mejores resultados y se toman esos criterios como base para las decisiones (Huergo Lora. 2020:35). Con el riesgo de que se produzcan errores en los resultados finales.

Los algoritmos son diseñados por seres humanos que de manera voluntaria o involuntaria pueden verse influidos por los estereotipos sobre determinados grupos sociales. En la composición de los equipos de diseñadores de estos sistemas se ha encontrado el origen de los sesgos que incorporan esos sistemas algorítmicos (Soriano Arnanz.2021:92)[27]. Al mismo tiempo, los algoritmos se desarrollan en una realidad social en la que existen situaciones discriminatorias, que pueden ayudar a reproducir y perpetuar.

Adicionalmente, puede suceder que los algoritmos no contengan sesgos perjudiciales contra personas pertenecientes a grupos desaventajados, pero que de las decisiones tomadas en relación a los mismos puedan derivarse situaciones discriminatorias. Esto es lo que ha ocurrido en España con el sistema público de concesión del bono social energético, que ha llevado a que se denieguen estas ayudas a personas que reunían los requisitos legales.

El artículo 14 de la Constitución de 1978 proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación, citando como motivos especialmente rechazables el nacimiento, la raza, el sexo, la religión u opinión, y prohibiendo la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social. En el ámbito europeo, los artículos 14 CEDH y 1 del Protocolo 12 del CEDH y el artículo 21 CDFFUE son los instrumentos que deben aplicarse en los casos de discriminación algorítmica. Estos prohíben la discriminación por razón de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. La CDFUE añade origen étnico, discapacidad, edad y orientación sexual.

[27] EL PERIÓDICO.COM, 2022, "Algoritmos sin perspectiva de género: solo el 0,5% de los técnicos en inteligencia artificial son mujeres", disponible en: https://www.elperiodico.com

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

La normativa de protección de datos sirve, sin lugar a dudas, como instrumento de protección de la igualdad y la prohibición de discriminación. Ello tiene su reflejo en los artículos 9 y 22 RGPD. En concreto, el párrafo cuarto del artículo 22, en conexión con el primero, prohíbe expresamente que las decisiones individuales automatizadas -autorizadas conforme al Derecho de la Unión o de los Estados miembros- se basen en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, es decir de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física. Exceptuando razones de interés público esencial y que se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado[28].

Con el objeto de dar una respuesta normativa más determinada a estos supuestos y prevenir otros que se puedan presentar, se ha aprobado en España la Ley 15/2022, de 12 de julio, que, según su exposición de motivos, tiene como objetivo "crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos". Se trata de un derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que pueden surgir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas. En este sentido, su ámbito objetivo de aplicación se extiende a la Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación. Se trata de la primera norma que señala cómo deberán las Administraciones Publicas diseñar los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Así, dispone en su artículo 23:

"Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados.

1. En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio.

[28] Artículo 9.2 g) RGPD.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Decisiones automatizadas y transparencia administrativa…
por Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros
Págs. 191-215
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

2. Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos.

3. Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido.

4. Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos".

De las tres propuestas que menciona este artículo, merece la pena destacar la Carta de Derechos Digitales, por su contenido mucho más completo que el del artículo 23. Como sabemos, este documento de julio de 2021 no tiene valor normativo, sino que su objetivo es, según sus consideraciones previas, reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. En concreto, en su apartado XXV, la Carta establece:

"Derechos ante la inteligencia artificial

1. La inteligencia artificial deberá asegurar un enfoque centrado en la persona y su inalienable dignidad, perseguirá el bien común y asegurará cumplir con el principio de no maleficencia.

2. En el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial:

a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial.

b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible.

c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad.

3. Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial".

Frente a lo dispuesto en la Carta, el contenido del artículo 23 de la Ley 15/2022 no menciona ni la supervisión humana de las decisiones adoptadas por el sistema, ni el derecho a impugnar la decisión adoptada. Según este nuevo precepto, cuando las Administraciones Públicas utilicen algoritmos para la toma de decisiones, deberán favorecer que los mismos estén dotados de unos mecanismos sobre los que no se dan más detalles, y, *siempre que ello sea factible técnicamente*, que tengan en cuenta la minimización de sesgos, la transparencia y la rendición de cuentas. Lo cual deja

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

en el aire la puesta en marcha de estos mecanismos, que dependerá de que se dote a las Administraciones Publicas de medios técnicos adecuados.

Con respecto a la minimización de sesgos, la propuesta europea de ley de IA (AIA) expone que si el sistema de IA no está entrenado con datos de buena calidad, no cumple los requisitos oportunos en términos de precisión o solidez, o no se diseña y prueba debidamente antes de introducirlo en el mercado o ponerlo en servicio, puede señalar a personas de manera discriminatoria, incorrecta o injusta[29]. Por eso regula en su artículo 10 los datos y la gobernanza de los datos de los sistemas de IA considerados de alto riesgo. Y se precisa que los conjuntos de datos utilizados para el entrenamiento, validación y prueba de estos sistemas deberán cumplir los criterios de calidad que se detallan en sus distintos apartados. En particular, según el apartado tercero "serán pertinentes y representativos, carecerán de errores y estarán completos".

En cuanto a la transparencia, resulta muy interesante el documento sobre el Estándar de Transparencia Algorítmica elaborado por la Oficina Central de lo Digital y el Dato británica[30].

En relación con la rendición de cuentas, el artículo 17 de la propuesta europea de ley de IA (AIA) señala que los sistemas de IA de alto riesgo establecerán un sistema de gestión de la calidad que garantice el cumplimiento del presente Reglamento, que incluirá "m) un marco de rendición de cuentas que defina las responsabilidades del personal directivo y de otra índole en relación con todos los aspectos enumerados en este apartado".

Por último, resaltar que se crea, conforme al art. 40 de la Ley integral de igualdad de trato, la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, en el ámbito de la Administración del Estado, como encargada de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de las causas y en los ámbitos competencia del Estado previstos en esta ley, tanto en el sector público como en el privado.

6.- Conclusiones

No cabe duda el extraordinario potencial que la revolución digital 4.0 representa para las Administraciones Públicas. Es evidente la ventaja que entraña la IA para la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos, en términos de eficiencia y precisión. Estas herramientas están llamadas a sustentar la toma de decisiones administrativas o a ser fuente de decisiones automatizadas. Su funcionamiento depende en gran medida de instrucciones precisas y suficientes para empezar a operar y de los datos de referencia utilizados para entrenar el sistema. De ahí la importancia de que tanto

[29] Considerando 38 del AIA.

[30] CENTRAL DIGITAL AND DATA OFFICE, "Algorithmic Transparency Recording Standard", Disponible en: https://www.gob.uk

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

las decisiones automatizadas, como las tomadas con apoyo en sistemas de IA por las Administraciones Públicas respeten el principio de transparencia. En nuestro Estado de Derecho, todos, ciudadanos y poderes públicos, estamos sujetos al principio de legalidad (la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, artículo 9.1 CE), que implica el deber inexcusable de respetar los derechos fundamentales. Asimismo, como Estado democrático, nuestro sistema fomenta el control eficaz de la actuación de los poderes públicos por parte de la ciudadanía.

Sin embargo, en la práctica, como hemos podido apreciar, el principio de transparencia se encuentra con demasiadas limitaciones. En primer lugar, la opacidad que rodea a los sistemas algorítmicos, por la escasa información que se tiene sobre cuales son y cómo funcionan. A esto cabe añadir la dificultad para comprender cómo actúan, dada su enorme complejidad. A pesar de estos inconvenientes, el uso de la IA no debe estigmatizarse, sino más bien fomentarse, profundizando en la necesidad de unos mecanismos de seguridad y de garantía para el respeto a los derechos fundamentales. De hecho, estos procedimientos informáticos conllevan numerosas ventajas, como la reducción del tiempo para operaciones meramente repetitivas en las decisiones automatizadas, o la mayor percepción de neutralidad en las decisiones basadas en predicciones algorítmicas.

En cuanto a los mecanismos de seguridad, creemos que es necesario incentivar la publicidad activa de los sistemas algorítmicos empleados por las Administraciones Públicas de impacto social, con la descripción de manera comprensible de su diseño y funcionamiento. Igualmente, potenciar la obligación de realizar evaluaciones de impacto como medida de prevención que sirva a proveedores y usuarios de la IA para identificar los riesgos, tomar medidas técnicas y organizativas desde el diseño, para mitigar los daños a los derechos fundamentales y supervisar su evolución. A tal efecto, es urgente requerir una correcta formación del personal al servicio del sector público que va a gestionar y controlar el uso de las herramientas de IA, para que tome conciencia de los efectos discriminatorios que estas decisiones pueden conllevar y comprenda mejor los riesgos que puede provocar su uso sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y, en último término, desarrollar metodologías que permitan auditar los algoritmos que tomen decisiones directa o indirectamente sobre las personas, para comprobar que funcionan con corrección y detectar su posible vulnerabilidad.

Desde el punto de vista jurídico, es importantísima la labor que está desarrollando la UE en este campo. Al propio tiempo, España no se ha quedado atrás con la aprobación de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sin embargo, aún queda mucho por hacer, puesto que, en esta materia, como en tantas otras, el derecho va siempre por detrás de la tecnología. Las normas de protección de datos han servido hasta ahora como respuesta a los retos que ha planteado el fenómeno de la IA, pero no son suficientes. Hay que tomar nota de algunas de sus garantías para aplicarlas a los sistemas de inteligencia artificial,

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

como la obligación de realizar evaluaciones de impacto o el derecho a la supervisión humana. El desarrollo del principio de transparencia y el derecho a una buena administración pueden servir en el sector público para ampliar las garantías frente a las decisiones automatizadas tomadas por las Administraciones. Esto se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia comparada, junto con el principio de no discriminación. La importancia de la transparencia es un hecho porque hay que tener en cuenta las dificultades de construir una mínima prueba de discriminación algorítmica debido a la opacidad de estos sistemas, que incluso pueden conllevar a que la persona afectada ni siquiera tenga constancia del trato discriminatorio. De todo ello resulta, la importancia de que las personas que gestionen estos sistemas, que no serán juristas en su mayoría, tengan una formación específica en la protección de los derechos fundamentales y en ética algorítmica, que tenga en cuenta los riesgos que el diseño de estos sistemas conlleva para los derechos a la igualdad y no discriminación y los valores y principios democráticos.

Bibliografía

BAZ LOMBA, C. 2021. "Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia", *Revista CEFlegal*, núm.243: 119-160.

CERRILLO I MARTINEZ, A. 2020. "¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?", *European Review of Digital Administration & Law* . Vol.1: 17-36.

- (2019) "El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm.50:1-38.

COTINO HUESO, L .2020. "Holanda "SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de la Inteligencia Artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de 2020". *La ley privacidad, núm.4.*

DE LA SIERRA MORÓN, S. 2020. "Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.53: 1-19.

GAMERO CASADO, E. 2021. "El enfoque europeo de inteligencia artificial", *Revista de Derecho Administrativo- CDA,* núm.20:268-289.

HUERGO LORA, A. 2020. "Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo", en HUERGO LORA, A (dir.*) La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, pp.23-87.

- (2021) "Administraciones Públicas e Inteligencia Artificial: ¿más o menos discrecionalidad?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms.96-97:78-95.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.250

MARTÍN DELGADO, I. 2009. "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada", *Revista de Administración Pública*, núm.180:353-386.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. 2021. "Inteligencia artificial, algoritmos y automatización en la Justicia. Propuestas para su efectiva implantación", *Práctica de Tribunales: Revisa de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm.149:1-20.

MEDINA GUERRERO, M. 2022. "El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones". *Teoría y realidad constitucional*, núm. 49:141-171.

PALMA ORTIGOSA, A. 2019. "Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos", *Revista General de Derecho Administrativo*. núm. 50:1-35.

PONCE SOLÉ, J. 2019. "Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.50:1-52.

ROIG, A. 2020. *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica.* Barcelona, Bosch.

SORIANO ARNANZ, A. 2021. "Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 3: 85-127.

- 2022. "Discriminación algorítmica: garantías y protección jurídica" en COTINO HUESO, L. *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*. Cizur Menor. Aranzadi, pp.134-169.

VELASCO RICO, C.I. 2022. "Las tecnologías disruptivas en la administración pública: Inteligencia Artificial y Block Chain", en coord. CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S.E y CERRILLO I MARTÍNEZ, A (Dirs.): *La Administración digital*. Dykinson. pp.227-256.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

Desafíos de la administración electrónica para la inclusión de las personas mayores en la sociedad digital

María Sánchez Valle[1]

Universidad CEU San Pablo
España

ORCID: 0000-0003-1497-2938

Carmen Llorente-Barroso[2]

Universidad Complutense de Madrid
España

ORCID: 0000-0001-7710-0956

RECIBIDO: 21/07/2022
ACEPTADO: 11/02/2023

Este trabajo se encuadra dentro del Programa "Nuevos escenarios de vulnerabilidad digital: alfabetización mediática para una sociedad inclusiva (PROVULDIG2-CM)" (Referencia H2019/HUM-5775). Financiado por Comunidad de Madrid. Consejería de Educación, Cultura y Deportes. Dirección General de Universidades y Fondo Social Europeo. Las autoras quieren expresar su agradecimiento a Leopoldo Abad Alcalá que es el investigador principal del proyecto del que forma parte este estudio.

[1] Doctora en Ciencias de la Información por la Universidad Pontificia de Salamanca. Profesora Titular del Departamento de Comunicación Audiovisual y Publicidad de la Universidad CEU San Pablo. Una de sus líneas de investigación está centrada en la relación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación con los públicos vulnerables, concretamente, en el uso de la administración y el comercio electrónico por los adultos mayores. Pertenece al Grupo de Investigación Consolidado Brecha Digital y Personas Mayores de la Universidad CEU San Pablo.

[2] Doctora en Publicidad y Comunicación Audiovisual por la Universidad Complutense de Madrid (UCM) y Premio Extraordinario de Doctorado 2009-2010. Profesora e investigadora del Departamento de Ciencias de la Comunicación Aplicada (CAP) de la UCM. Sus líneas de investigación se focalizan en el estudio de las claves visuales de las marcas y en la comunicación orientada al envejecimiento activo y a la inclusión de las personas con discapacidad. Ha formado parte del equipo de investigación de varios proyectos competitivos y ha sido IP de tres INNOVA DOCENCIA-UCM.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

RESUMEN: A pesar de las ventajas que proporciona la administración digital, no todos los colectivos sociales, entre ellos el de las personas mayores, están preparados para afrontar esta nueva forma de relación con la Administración. En España el uso que los *seniors* realizan de la administración electrónica es muy limitado, sin embargo, las administraciones públicas están avanzado hacia la digitalización que se ha acelerado a causa de la pandemia. El objetivo principal de esta investigación es profundizar en la relación de las personas españolas mayores de 60 años con la administración electrónica. Se plantea una triangulación metodológica apoyada en dos técnicas cualitativas, los grupos de discusión integrados por españoles de más de 60 años y el método Delphi aplicado a ocho expertos en gestión de las TIC de ámbito privado y público. Los resultados demuestran un interés del público mayor por participar en los procedimientos administrativos, pero también su falta de conocimiento para poder hacerlo con aprovechamiento. Los expertos declaran que existen iniciativas dirigidas a este colectivo, aunque no hay un consenso sobre el tipo de acciones que deberían implementarse. Se evidencia que el público mayor no es prioritario para la estrategia digital de las organizaciones públicas.

PALABRAS CLAVE: Administración electrónica, brecha digital, envejecimiento, inclusión digital, alfabetización digital.

CONTENIDOS: 1.- Introducción.- *1.1.- Uso de la Administración electrónica por los mayores en España. 1.2.- Riesgos de la digitalización de la Administración para las personas mayores. 1.3.- Impacto positivo para las personas mayores de la utilización de la administración online.* 2.- Metodología. *2.1.- Grupos de discusión. 2.2.- Método Delphi.* 3. Resultados.- *3.1. Resultados de los grupos de discusión. 3.1.1.- Uso de la e-government. 3.1.2.- Motivos por los que utilizan la administración electronica. 3.1.3. Razones para no utilizar la administración electrónica. 3.1.4.- Brecha digital. 3.1.5.- Alfabetización digital y empoderamiento. 3.2.- Resultados del método Delphi. 3.2.1.- Percepción sobre la relación la relación de las personas mayores con Internet y las TIC. 3.2.2.- Evolución entre los mayores de la utilización de Internet. 3.2.3.- Importancia al colectivo senior en las estrategias de Internet y las TIC. 3.2.4.- Dificultades y motivaciones encuentra en su organización para relacionarse con los mayores a través de internet y las TIC. 3.2.5.- Propuestas que podrían implementarse para mejorar la relación con los mayores.* 4.- Conclusiones y discusión. *4.1.- Alcance de objetivos. 4.2.- Discusión.*- Bibliografía.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

eGovernment challenges for the inclusion of elderly in the digital society

ABSTRACT: Despite the advantages provided by digital administration, not all social groups, including the elderly, are prepared to face this new form of relationship with the Administration. In Spain, seniors' use of e-administration is very limited; however, public administrations are moving towards digitalisation, which has accelerated due to the pandemic. The main objective of this research is to study in depth the relationship between Spanish people over 60 years of age and e-administration. A methodological triangulation is proposed, based on two qualitative techniques: focus groups made up of Spaniards over 60 and the Delphi method applied to eight experts in ICT management in the private and public sectors. The results show an interest of the older public in participating in administrative procedures, but also their lack of knowledge to be able to do so to their advantage. The experts state that there are initiatives aimed at this group, although there is no consensus on the type of actions that should be implemented. In this sense, it is evident that the older public is not a priority for the digital strategy of public organisations.

KEYWORDS: eGovernment, digital divide, ageing, eInclusion, digital literacy.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

1.- Introducción

La administración electrónica supone un profundo cambio organizativo que pretende desarrollar medidas que mejoren y hagan más accesibles los servicios públicos. Liikane (2004) la define como la utilización de las Tecnologías de la Información (TIC) en las Administraciones Públicas para mejorar los servicios, los procesos democráticos y las políticas públicas. En la revisión de la literatura en español se encuentra tanto el término administración electrónica como gobierno electrónico -fruto de la traducción literal de la palabra en inglés *e-government*- para referirse a esta área. Así, se entiende por e-Gobierno la utilización de tecnologías de la información y la comunicación en los procedimientos de la Administración Pública. Tanto para los individuos como para las empresas esta interacción puede consistir en la obtención de información, la descarga de formularios o la devolución de estos cumplimentados, utilizando un procedimiento completamente electrónico (Eurostat, 2016).

García Baluja y Plasencia Soler (2020), citando a Naser y Concha (2011), apuntan que en la administración online confluye la informatización coordinada de los procesos de las instituciones para alcanzar etapas superiores del gobierno electrónico. Postulan que es la transformación de la gestión gubernamental que fusiona la utilización intensiva de las TIC con modalidades de gestión, planificación y administración, como forma de gobierno. El objetivo es mejorar los servicios y la información ofrecida a los ciudadanos y organizaciones, simplificar los procesos de soporte institucional y facilitar la creación de canales que permitan aumentar la transparencia y la participación ciudadana. Desde este punto de vista, el gobierno electrónico tiene un impacto positivo en la sociedad (Silva Morales & Llatas, 2021) ya que supone una agilización de múltiples gestiones, tanto para la mayoría de los ciudadanos como para las diferentes administraciones y un acceso eficaz a los servicios públicos (Molnár et al., 2017)

La administración digital refuerza un buen gobierno de la sociedad del conocimiento, proporcionando un sector público abierto y transparente al servicio de todos los ciudadanos (Viñarás et al., 2017) y tiene el papel fundamental de definir las estrategias para reducir las brechas en el acceso a las "infotecnologías", iniciativas que apuntan al diseño de mecanismos efectivos para atender las necesidades de las comunidades y a la apertura de espacios de inserción y formación ciudadana (Ramírez et al., 2011).

No obstante, y a pesar de las ventajas que supone la implantación de la administración electrónica, se constata que existe una despreocupación manifiesta de las administraciones públicas por incentivar el uso de los servicios online entre la población con más edad. Realidad que choca con uno de los grandes retos de las sociedades actuales que es afrontar con éxito la transición demográfica. En Europa y Norteamérica, se estima que, el porcentaje de personas de 65 o más años se incrementará del 18% en 2019 al 22,1% en 2030 y al 26,1% en 2050, alcanzando un 29,3% en 2100. Europa y América del Norte son las zonas más envejecidas del mundo y, previsiblemente en 2050, una de cada cuatro personas, en estos continentes,

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

podrían tener 65 años o más (United Nations, 2019). Se estima que la población mayor se multiplicará por tres en 2050 (Gopal & Murale, 2018).

Según datos del Instituto Nacional de Estadística (2021a) a 1 de enero de 2020 un 19,95% de la población española tenía 65 o más años, siendo de 80 o más años un 6,09%. Las proyecciones del IMSERSO para España apuntan que en el año 2065 las personas de más de 80 años representarán un 18,1% del total de población (Vidal-Domínguez et al. 2017). Por otro lado, la extensión de la tecnología a todos los ámbitos de la sociedad española es evidente, el 93,9% de la población de 16 a 74 años ha usado Internet en los tres últimos meses. Este porcentaje que se reduce hasta el 73,3% en el caso de los españoles entre 65 y 74 años (INE, 2021b).

1.1.- Uso de la Administración electrónica por los mayores en España

Uno de los grandes desafíos de las sociedades europeas del siglo XXI es implantar un sistema electrónico para la administración de sus diferentes instituciones públicas. En el caso de España, se pretendía que en el año 2020 la administración fuera digital, de modo que ciudadanos y empresas prefieran el uso de sus servicios *online* por ser más sencillos, intuitivos, fluidos e integrales (Ministerio de Economía, 2015). En el Portal Institucional del Ministerio de Hacienda y Función Pública (s.f.) se explicita que uno de los grandes objetivos del gobierno en la tarea de modernizar los servicios públicos es "ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de relacionarse con la administración a través de internet".

A pesar de esta declaración de intenciones, la realidad del uso de la administración electrónica en España dista mucho de alcanzar esta propuesta y es aún más evidente entre el colectivo de las personas mayores. Atendiendo a los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE, 2021), solo 37,5% de las personas entre 65 y 74 años ha mantenido algún contacto o interacción con la Administración en los últimos 12 meses. Dentro de los principales usos declarados por los *seniors* en su interactuación digital con las Administraciones Públicas, destaca la obtención de información de páginas web de la Administración (27,5%); enviar formularios cumplimentados -incluye pago de impuestos, solicitud de cita médica, etc.- (26,5%); y descargar formularios oficiales (21,1%). No obstante, el grupo de usuarios de edades entre 65 y 74 años que declararon no enviar formularios cumplimentados a las Administraciones a través de Internet, teniendo la necesidad de presentar tales documentos, se sitúa en un 11,2%.

Sobre el uso de los servicios en línea que ofrece la Administración en España, el informe realizado por el grupo de trabajo Brecha Digital y Personas Mayores (Brechdig, 2021) indica que no es muy frecuente entre las personas mayores de 60 años. El 59% de los mayores internautas utilizan la administración electrónica para solicitar una cita médica, hacer la declaración de la renta o renovar un documento oficial, por debajo del 60% de los mayores que realizan compras online. Consideran que es complicado navegar por las webs de la Administración debido a que el lenguaje es demasiado complejo, tienen mucho contenido y la terminología es muy técnica y complicada. El principal freno para utilizar estos servicios se encuentra en el temor a equivocarse, el tener que facilitar demasiados datos personales, la

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

intangibilidad de la administración electrónica y la dificultad para acordarse de las claves de acceso.

Estos datos ponen de manifiesto la necesidad de la Administración de ofrecer servicios adaptados a las peculiaridades de los ciudadanos con el objetivo de que puedan acceder a los servicios de la administración pública online. Esta necesidad se ha agudizado a raíz de las situaciones de confinamiento provocadas por la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 que han propiciado un auge del uso de Internet para todo tipo de tareas y han puesto de manifiesto la importancia de que los poderes públicos den respuesta a las necesidades de los ciudadanos.

1.2.- Riesgos de la digitalización de la Administración para las personas mayores

A pesar de las ventajas y la utilidad de realizar los trámites online, la digitalización de los servicios públicos implica una serie de riesgos que deben tenerse en cuenta (Siren & Knudsen, 2017). Por un lado, existe el peligro de que los ciudadanos poco o nada familiarizados con las tecnologías no accedan ni a la información ni al contacto con las autoridades ni a los servicios de bienestar a los que tienen derecho. Por otro lado, una digitalización sistemática de la sociedad supone asumir unos requisitos previos que garanticen la funcionalidad y la autonomía en su uso a todos los ciudadanos, factor especialmente relevante para los mayores. En este caso una "vida autónoma" es sinónimo de bienestar y calidad de vida (Siren & Knudsen, 2017) y si no conocen los mecanismos para ponerse en contacto con la Administración, sus posibilidades de autonomía se verán limitadas.

Efectivamente, se estima que los adultos más expuestos a la tecnología y familiarizados con su uso percibirían de forma más rápida las innovaciones del *e-government* que las personas mayores (Chirara, 2018). De hecho, el colectivo de las personas mayores no es un grupo homogéneo, así se pueden encontrar diferentes perfiles según el uso que realizan de la administración electrónica desde aquellos que realizan trámites digitales como grupos poblacionales de generaciones más jóvenes hasta los que no utilizan nunca este servicio (Sánchez Valle et al., 2022). Por todo esto no se justifica que la administración electrónica excluya al colectivo *senior* puesto que esta exclusión supondría no solo que queden apartados del uso de los sistemas de administración electrónica, sino también que tengan que depender de otros para poder desarrollar ciertos trámites con lo que podrían ver coartados sus derechos como ciudadanos plenos (Abad-Alcalá, 2016; Viñarás-Abad *et al.*, 2017).

En este contexto de sociedades envejecidas, algunos estudios internacionales han observado, sin embargo, una satisfacción moderada de los mayores respecto a los servicios prestados por el *e-government*, aunque una actitud positiva en la intención de uso de tales servicios (Yap et al., 2017). La preferencia por los diferentes medios de contacto con la administración pública (presencial, telefónico, correo electrónico o página web) no está relacionada solo con la edad, sino que está estrechamente ligada al perfil sociodemográfico del ciudadano. Las variables edad, estado civil, creencias religiosas y situación laboral influyen de forma estadísticamente significativa en el uso de internet para contactar con la administración pública. Los ciudadanos que utilizan la administración electrónica son personas jóvenes, con

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

estudios universitarios o estudiantes, frente a los que no la utilizan y los que prefieren el canal presencial que son principalmente personas mayores con estudios primarios (Barrera-Barrera et al., 2019).

Existen, además, otros frenos que actúan en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación por parte de las personas mayores de forma general y no solo relacionado con la realización de los trámites *online* y que afecta de forma determinante al establecimiento de contacto *online* con los servicios públicos. Viñarás-Abad et al. (2017) destacan:

1. No disponen de un dispositivo o equipo necesario para poder tener acceso a Internet.

2. El diseño de las páginas web, su compleja arquitectura o su poco intuitiva navegabilidad y usabilidad.

3. La falta de confianza en la realización de una gestión *online*.

En general, los *seniors* constituyen un grupo poblacional que no está familiarizado con las tecnologías, algo que dificulta su aceptación y con ello el desarrollo de determinados servicios *online* (Gopal & Murale, 2018). No obstante, independientemente de las circunstancias de cada persona mayor es necesario que las administraciones públicas se comprometan a hacer accesibles sus servicios digitales a este colectivo, ya que tienen la obligación de "garantizar a todos los colectivos, y especialmente a los más vulnerables, un uso que responda a las necesidades y expectativas de los mismos" (Viñarás-Abad et al., 2017).

Resulta determinante desarrollar investigaciones prospectivas que ayuden a detectar las necesidades que tendrán las futuras personas mayores (Ala-Mutka et al., 2008). Es muy posible que estas necesidades vayan cambiando y es importante que las sociedades puedan adelantarse a los posibles cambios que deberán acometer. Al respecto Wandke el al. (2012) cuestionan seis grandes mitos asentados en las sociedades desarrolladas sobre la relación de las TICs y los mayores:

1. Las futuras generaciones de personas mayores no tendrán problema en el uso de ordenadores.

2. Los mayores no muestran interés en el uso de ordenadores.

3. Este colectivo percibe los ordenadores como inútiles.

4. Los mayores carecen de las capacidades físicas precisas para el uso de las TIC.

5. Las personas mayores, sencillamente, son incapaces de entender el entorno digital y la tecnología interactiva.

6. No se pueden enseñar nuevos trucos e instrumentos a un "perro viejo".

Ante esta situación parece imprescindible educar a los mayores en competencias digitales, que les permitan utilizar con aprovechamiento las tecnologías (Williamson & Asla, 2009; Turner et al., 2007; Abad-Alcalá, 2014; Xie & Bugg, 2009). La

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

alfabetización digital facilitará el acceso técnico y crítico a la información de aquellos públicos en situación de exclusión, empoderándoles e integrándoles socialmente (Bernal-Meneses et al., 2019).

1.3.- Impacto positivo para las personas mayores de la utilización de la administración *online*

Desde el punto de vista psicosocial varios estudios han determinado el impacto positivo que tiene el uso de las TICs en las personas mayores, (Shapira et al., 2007; Viñarás-Abad et al., 2017). De hecho, Internet es un medio de gran utilidad para las personas mayores, tanto que se puede considerar una potente fuente de oportunidades para la autonomía de este colectivo (Llorente-Barroso, et al., 2015; Slegers, et al., 2007) y que contribuye a su empoderamiento ciudadano (Sánchez-Valle et al., 2018; Slegers et al., 2007).

Sobre la problemática de la administración electrónica en el ámbito europeo, los únicos estudios existentes han estado más vinculados con aspectos concretos de la administración electrónica que con la accesibilidad a sus servicios por parte de las personas mayores (González-Crespo & Sanjuán-Martínez, 2010; Fernández-Ecker, 2010). En el ámbito específico de la administración electrónica, las instituciones públicas deben ser conscientes de las necesidades y expectativas de los mayores para facilitarles el uso de los portales de *e-government* (Yap et al., 2017). Pese a ello, algunos estudios han determinado el escaso uso que las personas mayores hacen de la administración electrónica (Colesca & Dobrica, 2008), insistiendo en que las brechas digitales existentes se acentúan en el caso del *e-government* (Bélanger & Carter, 2009). Ante esta situación Ebbers et al. (2008) plantearon el desarrollo de diversos canales de comunicación de la administración según el tipo de gestión que necesitaba realizar el usuario para que ningún ciudadano fuera excluido.

Algunos estudios han detectado la significativa influencia social que tienen los individuos próximos a las personas mayores. Por ello, animan a la implicación de familiares, amigos y compañeros en la promoción activa del uso de los servicios de *e-goverment* entre las personas mayores y la asistencia si lo necesitaran (Yap et al., 2017). El nivel educativo también explica la aceptación de estos servicios por parte del colectivo *senior*, de modo que un alto nivel de educación suele estar vinculado a una percepción más positiva (Phang et al., 2006).

2.- Metodología

El objetivo principal de esta investigación es profundizar en la relación de las personas españolas mayores de 60 años con la administración electrónica; lo que implica detallar los usos que realiza este colectivo, así como si existe una preocupación de las administraciones por facilitar el acceso a las gestiones *online* de estos servicios a los *seniors*.

Los objetivos específicos de la investigación se concretan en:

1. Evidenciar los motivos que inducen a las personas mayores al uso de la administración electrónica y las razones que impiden o frenan su empleo.

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

2. Recoger las percepciones de los ciudadanos *senior* y los expertos en la implantación de la administración electrónica sobre la brecha digital existente entre los mayores y las generaciones más jóvenes en el uso de tales servicios.

3. Proponer soluciones encaminadas a la ruptura de la brecha digital que fomenten el empoderamiento del colectivo *senior*.

Para alcanzar estos objetivos se ha utilizado una triangulación metodológica apoyada en grupos de discusión y método Delphi. Tales técnicas cualitativas han permitido recoger las percepciones de los mayores y de los expertos en la administración electrónica. La recolección y análisis de los datos se realizó en cuatro oleadas como figura en la Tabla 1.

Tabla 1. Fases del trabajo de campo

Fecha	Fase
Primer semestre 2019	Grupos de discusión
Segundo semestre 2019	Primera ronda cuestionario Delphi
Tercer semestre 2019	Segunda ronda cuestionario Delphi
Cuarto semestre 2019	Tercera ronda cuestionario Delphi

Fuente: Elaboración propia

2.1.- Grupos de discusión

Para recoger las percepciones de los *seniors* se diseñaron cuatro grupos de discusión constituidos por entre cinco y nueve participantes mayores de 60 años, de ambos sexos, usuarios de Internet, de clase social media o media-alta, con diverso nivel educativo y socioeconómico, residentes en diferentes zonas urbanas españolas de tamaño variable, y con interés por llevar una vida autónoma como se detalla en la Tabla 2.

Se seleccionó el *focus group* porque es una de las técnicas cualitativas más eficaces para conseguir percepciones sobre un objeto de estudio (Krueger, 1991). Con antelación a su realización, y siguiendo las consideraciones de Morgan (1996) se elaboró una homogeneización de preguntas y procedimientos para sistematizar el *argumentario* en los cuatro grupos y permitir una comparabilidad entre ellos. El guion de las preguntas se realizó teniendo en cuenta las aportaciones de los autores recogidos en los antecedentes de este artículo. Un moderador experto no condicionado orientó el discurso experiencial en los grupos según esta guía. Los discursos fueron grabados y, posteriormente, transcritos para facilitar su análisis interpretativo. Después de recopilar el contenido de cada grupo, se compararon, buscando coincidencias y discrepancias en las diversas líneas temáticas de interés que se abordaron. De esta manera, se ha conseguido explorar en profundidad la relación entre las variables dentro de la población estudiada (Onwuegbuzie et al., 2009; Vallés, 2002).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

En una última etapa del proceso de análisis de resultados, se han desarrollado inferencias a partir de los aspectos más significativos extraídos de las narraciones. Tales conclusiones, vinculadas al objetivo estudio, han sido categorizadas de acuerdo con criterios temáticos. Con el fin de clarificar, se han ejemplificado los puntos relevantes del contenido discursivo de los diferentes *focus groups*, incluyendo fragmentos de declaraciones de los participantes.

Tabla 2. Ficha técnica de los grupos de discusión

Ítems	**Grupo 1**	**Grupo 2**	**Grupo 3**	**Grupo 4**
Número de participantes	5 personas	9 personas	6 personas	8 personas
Edad	Entre 62 y 68 años	Entre los 62 y 75 años	Más de 65 años	Entre 69 y 73 años
Residencia	Localidad de menos de 100.000 habitantes	Localidad de menos de 30.000 habitantes	Localidad de más de tres millones de habitantes	Localidad de más de un millón de habitantes
Perfil socioeconómico	Medio	Medio	Alto	Medio/ Alto
Ocupación	Jubilados	Jubilados	Jubilados	Jubilados

Fuente: Elaboración propia.

2.2.- Método Delphi

El método Delphi es una técnica secuencial de obtención de información de un conjunto de personas expertas en un tema determinado. García-Valdés y Suárez-Marín (2013) identifican tres grandes fases en la aplicación de esta técnica: preparatoria, de consulta y de consenso. En cada etapa, se interroga a cada experto con las mismas preguntas mediante un cuestionario estructurado, lo que permite obtener la opinión de los especialistas a través de una consulta reiterada (Reguant-Álvarez & Torrado-Fonseca, 2016).

Se optó por este método porque permite conseguir información especializada a partir del conocimiento facilitado por participantes geográficamente esparcidos o no, y reduciendo la influencia de los demás o del moderador (Boulkedid et al., 2011; García-Valdés y Suárez-Marín, 2013; Steurer, 2011;). De este modo, se accedió a información desde una perspectiva múltiple para explorar, de forma sistemática, un problema que requieren una concurrencia y opinión cualificada. En este sentido, esta técnica supone un proceso sistemático de síntesis de juicios (Linstone & Turoff, 2002).

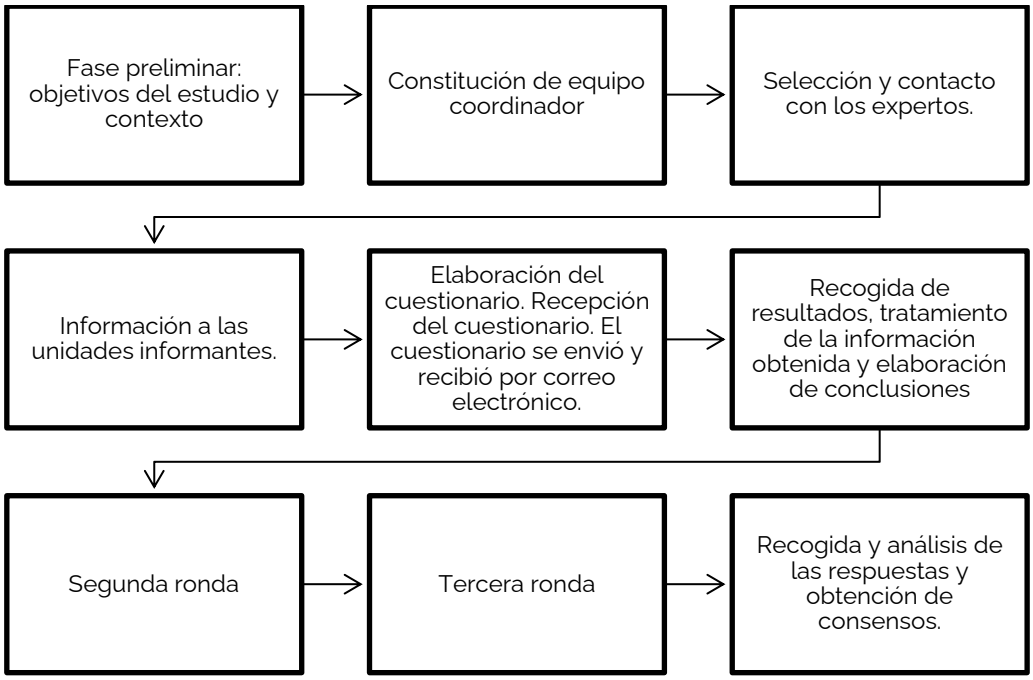
El protocolo de trabajo seguido incluye diferentes fases que se detallan en el Gráfico 1.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

Gráfico I. Esquema del flujo de trabajo.



Fuente: Elaboración propia.

El equipo coordinador compuesto por cinco investigadores familiarizados con esta técnica y con el tema a abordar fue el encargado de seleccionar a los expertos. En total se identificaron 20 expertos en gestión de tecnologías de la información del ámbito público y privado. Tras un contacto formal, ocho accedieron a participar en el estudio. La selección estuvo basada en el conocimiento del tema desde diferentes perspectivas, tanto por el lugar geográfico como por el tipo de organización en la que prestan sus servicios y su posición jerárquica en las mismas. Los seleccionados ocupan un cargo de responsabilidad relacionado con la implantación de las TIC en sus organizaciones.

A los participantes en el estudio se les informó sobre los objetivos del estudio, las normas de protección de datos y el destino de la información recogida y se garantizó la confidencialidad de la información proporcionada. La primera ronda consistió en cinco preguntas abiertas extraídas de las lecturas de investigaciones previas y los resultados de los grupos de discusión a los mayores de 60 años que se habían realizado previamente. Las preguntas eran precisas y estaban redactadas en un lenguaje claro fácilmente comprensible que no daba lugar a diferentes interpretaciones. Se trataba de preguntas cualitativas que expresan las opiniones de los participantes en el grupo (Tabla 3).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

Tabla 3. Cuestionario de la primera ronda

	Primer cuestionario
Pregunta 1	¿Cómo describiría la relación de las personas mayores (más de 60 años) con internet y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)?
Pregunta 2	¿Cree que ha cambiado la capacidad o la manera en que los mayores utilizan internet en su ámbito? ¿Cómo cree que va a evolucionar ese uso?
Pregunta 3	Desde su organización, ¿qué papel se otorga a este grupo social en sus estrategias de actuación y específicamente en el ámbito de Internet y las TICs?
Pregunta 4	¿Qué dificultades y motivaciones encuentra en su organización para relacionarse con las personas mayores?
Pregunta 5	¿Qué propuestas considera que podrían implementarse desde su organización para establecer una mejor relación con este grupo social?

Fuente: Elaboración propia.

Una vez recibidos los cuestionarios, se ordenaron las respuestas y se extrajeron y codificaron las categorías de respuesta. Cada categoría de respuesta se subdividió, a su vez, en otra serie de categorías, incluyendo *verbatim* dentro de cada clase de respuesta. Esto sirvió para realizar el segundo cuestionario compuesto por preguntas cerradas de escala de Likert que permitían a los expertos valorar 47 afirmaciones extraídas del cuestionario anterior. Una vez recibidos los cuestionarios se analizaron las respuestas y se observó que el consenso no era muy claro, así que se decidió enviar un tercer cuestionario compuesto de 45 preguntas dicotómicas en las que se solicitaba al experto que expresara si estaba de acuerdo o no con la afirmación. No hubo preguntas sin respuesta. El análisis de las respuestas se realizó mediante estadística descriptiva utilizando el software Excel 19.0.

3.- Resultados

Los resultados extraídos del análisis de los grupos de discusión y el método Delphi se analizan en función de cinco categorías temáticas vinculadas al objeto de estudio.

3.1.- Resultados de los grupos de discusión

Los discursos de los participantes en los grupos de discusión muestran muchas coincidencias sobre la utilización de la administración electrónica, tanto en sus motivaciones como en sus frenos y sobre la responsabilidad de las administraciones para facilitar el acceso del colectivo *senior* a la misma.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

3.1.1.- Uso de la *e-government*

Los usuarios *senior* realizan los trámites *online* más sencillos que ofrece la administración electrónica, como la solicitud de citas médicas, la declaración de la renta o el pago de impuestos, fundamentalmente porque no les parece que sea complejo:

> "[…] hago las gestiones mías propias con el ayuntamiento, con el centro de atención primaria y con Hacienda. Lo hago yo directamente" (4).

En referencia al uso de la firma electrónica, un participante señala que realiza un uso más avanzado para realizar trámites *online* y se considera satisfecho sobre su conocimiento acerca este asunto:

> "Con la firma electrónica yo no he tenido absolutamente ningún problema. Si he tenido algún problema, seguro que ha sido culpa de la administración pública correspondiente" (4).

3.1.2.- Motivos por los que utilizan la administración electrónica

Las principales razones expresadas por los participantes para utilizar la administración en línea son la comodidad de poder realizar los trámites desde cualquier lugar y momento y la satisfacción personal que les proporciona su utilización de manera autónoma:

> "Es una gran ventaja […] hoy me toca sellar el paro […] tú introduces tus claves y ya has fichado" (2).

El trámite que valoran más positivamente es la solicitud de una cita médica que les parece muy sencillo, aunque algunos señalan que, en ocasiones, tiene dificultades para concluir las gestiones porque caduca la sesión antes de finalizar el proceso. Consideran que la realización de la declaración de la renta es más compleja, no solo debido a sus capacidades sino a errores en las páginas web de la Administración:

> "En la de la renta es que a veces cuando ellos planifican lo que hay que hacer se confunden en una cosa inicial. […] pasó que tenían que poner la casilla tal de la declaración del año anterior que no existía" (1).

3.1.3.- Razones para no utilizar la administración electrónica

El principal freno declarado por los participantes para no realizar trámites con la Administración es que consideran que es difícil, en especial, la web para efectuar la declaración de la renta, aunque reconocen que a medida que incrementan su uso, su nivel de pericia aumenta:

> "son fáciles cuando tú las conoces, cuando tú entras y todo eso y has entrado varias veces y tal, pero si no no son fáciles" (2).

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

Consideran que son complicadas porque no están adaptadas a las necesidades de diseño y usabilidad que requiere una persona mayor. Todo ello condiciona que no puedan encontrar la información que están buscando o el lugar al que tienen que dirigirse dentro de la web para realizar el trámite. En este sentido, son conscientes de la brecha generacional con los más jóvenes:

> "sí son un poco complicadas, porque no son muy accesibles […] para la gente que somos un poco más mayor, porque, claro, evidentemente para la gente joven pues seguramente que es facilísimo" (2).

Otro aspecto que preocupa y limita el uso es la percepción de falta de seguridad de las webs. Por este motivo, se manifiestan reticentes a proporcionar sus datos personales. Es llamativo el hecho de que confíen más en las empresas de *e-commerce* que en los organismos oficiales:

> "darle mis datos a la página *web* de la administración pública me inspira menos confianza que comprar en Amazon" (2).

La falta de tangibilidad en los trámites *online*, la lentitud de la administración y los fallos en el sistema son otras razones que explican por qué no son usuarios de tales servicios. A todo ello se suma que son un colectivo con más tiempo libre, lo que les predispone a poder realizar los trámites de forma presencial o telefónica:

> "no lo hago porque siempre que lo he intentado me ha fallado, o sea no es un sistema seguro" (4).

3.1.4.- Brecha digital

Los mayores son conscientes de la brecha digital que existe entre ellos y las generaciones más jóvenes. Algunos manifiestan un sentimiento de ansiedad tecnológica ante la llegada de una administración en la que todos los trámites tengan que realizarse de manera digital:

> "Fui a entregar unos papeles del año pasado para un cambio de domicilio de una asociación y me dicen ya no le sirve en papel" (4).

En sus declaraciones también se aprecia que la brecha no se encuentra solo en la edad del individuo sino en la profesión que ha ejercido y la competencia digital adquirida en su carrera profesional:

> "las personas que no han trabajado y son un poco más mayores lo pasan horrible" (3).

La falta de competencias digitales o de los dispositivos necesarios determina que necesiten un acompañamiento para realizar tareas *online*:

> "a mí me resulta muy difícil hacer sola muchas cosas en Internet" (1).

La ayuda de los familiares, principalmente los hijos, se indica como una forma de resolver los problemas de acceso a la administración electrónica, no obstante, manifiestan reticencias a recurrir a ellos para evitar convertirse en una carga:

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

> "Y entonces los hijos son los que pueden ayudar. Pero no tienen tiempo" (4).

En ocasiones son los hijos los que alertan a los mayores sobre los riesgos de Internet, situación que provoca que los *seniors* se vuelvan más desconfiados:

> "si mis hijos me dicen que no lo haga, yo confío en ellos" (1).

3.1.5.- Alfabetización digital y empoderamiento

Los mayores reconocen que la utilización de Internet en todas sus aplicaciones es una fuente de empoderamiento y un mecanismo para envejecer activamente:

> "Es rejuvenecedor […] Tengo amigos analfabetos digitales" (4).

Simultáneamente, manifiestan la responsabilidad de la Administración para proporcionar mecanismos que promuevan su alfabetización digital:

> "Y el reto social es cómo combatir el analfabetismo" (4).

No obstante, son muy críticos con las instituciones y consideran que no llevan a cabo las políticas necesarias para superar esa brecha digital y muestran más confianza en las empresas privadas para adaptarse a sus necesidades:

> "La Administración siempre va detrás de la sociedad" (4).

En relación con las mejoras que podría implementar la Administración para facilitar el acceso de los mayores, las principales sugerencias consisten en simplificar y unificar los procesos de los diferentes organismos:

> "debería ser poner un DNI e irte a cualquier sitio" (1).

También expresan que superar el escollo de la brecha digital depende de la actitud de los propios mayores, así como de la vida laboral que haya permitido tener ese contacto las nuevas tecnologías y un entorno familiar que ayude a adquirir y fomentar las capacidades necesarias para afrontar estos desafíos:

> "yo creo que es cuestión de actitud, es la clave, (…) tienes que tener una actitud abierta a decir por qué no" (4).

3.2.- Resultados del método Delphi

Las declaraciones de los expertos que han participado al cuestionario Delphi manifiestan un alto nivel de consenso sobre las destrezas de los mayores de 60 años cuando utilizan la administración electrónica y sobre el papel que las administraciones deben realizar para facilitar su inclusión ciudadana. Los expertos muestran un consenso alto en los 35 ítems evaluados, consiguiendo un 100% de consenso en 26 ítems y siendo el consenso medio de 83,1% y el más bajo de 50%. Los resultados se han estructurado en función de los cinco temas que se planteaban en las preguntas del primer cuestionario para facilitar la comprensión de los datos.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

3.2.1.- Percepción sobre la relación la relación de las personas mayores con Internet y las TIC

Todos los participantes en el estudio coinciden en que los mayores no son un colectivo homogéneo. Su relación con las nuevas tecnologías depende de su grado de conocimiento digital y de su edad, por lo que se detecta una brecha intrageneracional, y expresan que el uso que realizan de Internet está relacionado con las actividades más sencillas.

Los expertos consideran que se ha generalizado el uso de Internet, fundamentalmente, a través de los teléfonos móviles y que esto ha ocurrido de una manera natural, sin que muchas veces exista una conciencia por parte de los ciudadanos de que están accediendo a la Red cuando utilizan sus móviles (75% de acuerdo) y fundamentalmente debido a la facilidad para satisfacer las necesidades de comunicación (87,5%).

Tabla 4. Percepciones de los expertos sobre la relación entre los mayores y la digitalización

Nivel de acuerdo	Sí	No	Acuerdo afirmación	Consenso interjueces
Es un colectivo dividido en función de su conocimiento y uso	8	-	100%	100%
Es un colectivo dividido en función de la edad	8	-	100%	100%
Es un colectivo dividido en función de su nivel cultural y económico	8	-	100%	100%
Entre los mayores se ha generalizado el uso de móviles	8	-	100%	100%
Entre los mayores se está generalizando el uso de *apps* que facilitan las relaciones sociales	5	3	62,5%	62,5%
Los mayores utilizan dispositivos para actividades de la vida diaria (internet de las cosas) en su vertiente más sencilla	5	3	62,5%	62,5%
La banda ancha está facilitando el acceso en zonas rurales y aisladas	5	3	62,5%	62,5%
La sencillez dispositivos móviles facilita el acceso de los mayores a Internet	5	3	62,5%	62,5%
La sencillez de los *interfaces* facilita el acceso de los mayores a Internet	5	3	62,5%	62,5%
Se han reducido las barreras de acceso a Internet	5	3	62,5%	62,5%
Los mayores utilizan la aplicación Whatsapp para relacionarse	8	-	100%	100%
Los mayores utilizan Internet de las cosas (actividades más sencillas)	8	-	100%	100%
Este colectivo sobre todo busca información y entretenimiento	8	-	100%	100%
Promedio			82,7%	82,7%

Fuente: Elaboración propia.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

3.2.2.- Evolución entre los mayores de la utilización de Internet

Todos los expertos coinciden en que la convergencia de aplicaciones y la usabilidad de los dispositivos móviles y las aplicaciones ha facilitado el acceso a Internet. Aunque los consultados consideran que los ciudadanos mayores utilizan más la Red que hace unos años, se sigue percibiendo la brecha digital respecto a las generaciones más jóvenes.

Por otro lado, los expertos señalan que la incorporación de las nuevas generaciones al colectivo de los mayores mejorará esta situación porque estos ciudadanos habrán convivido con Internet y tendrán un mayor conocimiento sobre cómo aprovechar su potencialidad.

Los expertos coinciden en un consenso medio del 62,5% en que la incorporación de los mayores a la esfera digital está motivada por la necesidad de comunicación que se está produciendo de una forma paulatina y sin planificación y que permitirá reducir el aislamiento social.

Tabla 5. Percepciones de los expertos sobre la evolución del uso de Internet

Nivel de acuerdo	Sí	No	Acuerdo afirmación	Consenso interjueces
La utilización de internet por las personas mayores de 60 años ha ido en aumento por la convergencia de aplicaciones	8	-	100%	100%
La utilización de Internet por las personas mayores ha ido en aumento por la sencillez de uso	8	-	100%	100%
La utilización de Internet por las personas mayores ha ido en aumento por el cambio de dispositivos fijos a móviles	8	-	100%	100%
La evolución de la incorporación a la esfera digital ha sido paulatina de manera inconsciente	6	2	75%	75%
La incorporación de los mayores a la esfera digital obedece a la necesidad de comunicación	7	1	87,5%	87,5%
La incorporación al mundo online de este colectivo obedece a la cercanía contenidos online que les interesan.	5	3	62,5%	62,5%
La incorporación online reduce el aislamiento social	6	2	75%	75%
Los mayores generan confianza en el uso de internet cuando se aprende a navegar de la mano de conocidos	8	-	100%	100%
El uso de Internet por las personas mayores aumentará con el envejecimiento de la población, porque estará alfabetizada digitalmente y está más familiarizada con la tecnología	8	-	100%	100%
El uso de Internet por las personas mayores aumentará por la convergencia de dispositivos móviles	8	-	100%	100%
Promedio			90%	90%

Fuente: Elaboración propia.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

3.2.3.- Importancia al colectivo senior en las estrategias de Internet y las TIC

Los expertos manifiestan -con un consenso medio del 62,5%- que desde sus organizaciones no se fomenta la formación ni el acercamiento a los mayores a través de Internet, así como tampoco se ofrecen servicios específicos para los mayores.

Tabla 6. Percepciones de los expertos sobre la relación entre los mayores y la digitalización

Nivel de acuerdo	Sí	No	Acuerdo afirmación	Consenso interjueces
En mi organización se fomenta la formación de los mayores	3	5	37,5%	62,5%
En mi organización se fomenta el acercamiento a los mayores	3	5	37,5%	62,5%%
En mi organización se ofrecen servicios para mayores	3	5	37,5%	62,5%
Promedio			37,5%	62,5%

Fuente: Elaboración propia.

3.2.4.- Dificultades y motivaciones que encuentra en su organización para relacionarse con los mayores a través de internet y las TIC

Los expertos advierten de la existencia de reticencias a la utilización de Internet entre los *seniors* que achacan a que es un grupo de edad reacio a los cambios. Declaran, como principales motivos para no hacer un uso intensivo de la administración electrónica: el desconocimiento de la utilidad que puede proporcionar la administración digital a sus vidas, la desconfianza en Internet y la falta de hábito para realizar estas actividades. Por otro lado, también indican la responsabilidad de la Administración que no proporciona al ciudadano un proceso sencillo para realizar trámites electrónicos. También coinciden en que los mayores prefieren los servicios presenciales y que, su utilización favorece la autonomía y empoderamiento del colectivo *senior*.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

Tabla 7. Percepciones de los expertos sobre los frenos y motivaciones.

Nivel de acuerdo	Sí	No	Acuerdo afirmación	Consenso interjueces
Porque este colectivo tiene dificultades para acceder a Internet	8	-	100%	100%
El motivo por el que la mayoría de las personas mayores no se relacionan con mi organización digitalmente es porque no disponen de Internet ni de dispositivos móviles	8	-	100%	100%
El motivo por el que la mayoría de las personas mayores no se relacionan con mi organización digitalmente es porque no tienen familiares ni amigos que les ayuden con las TIC	8	-	100%	100%
El motivo por el que la mayoría de las personas mayores no se relacionan con mi organización digitalmente es porque al principio hay resistencias de uso de nuevos servicios, aunque con su utilización logran vencerlas	8	-	100%	100%
El motivo por el que la mayoría de las personas mayores no se relacionan con mi organización digitalmente es porque en la Administración no todo se puede hacer a través de Internet	8	-	100%	100%
El motivo por el que la mayoría de las personas mayores no se relacionan con mi organización digitalmente es porque desconocen cómo funcionan determinados productos	8	-	100%	100%
El motivo por el que la mayoría de las personas mayores no se relacionan con mi organización digitalmente es porque no se han ofrecido servicios específicos para este colectivo	8	-	100%	100%
El motivo por el que la mayoría de las personas mayores no se relacionan con mi organización digitalmente es porque la tecnología les asusta	8	-	100%	100%
El motivo por el que la mayoría de las personas mayores no se relacionan con mi organización digitalmente es porque confían más en el servicio presencial	8	-	100%	100%
La utilización de Internet por parte de los mayores favorece su autonomía y empoderamiento	8	-	100%	100%
Promedio			100%	100%

Fuente: Elaboración propia.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

3.2.5.- Propuestas que podrían implementarse para mejorar la relación con los mayores

Todos los encuestados coinciden en que las estrategias que se están implementando para incorporar a los mayores al ámbito *online*. La utilización de tecnologías más sencillas, ofrecer formación tecnológica, el desarrollo servicios específicos para mayores y la adaptación del diseño de webs y *apps* a sus necesidades son las principales iniciativas que están utilizando las administraciones para incorporar a los mayores al mundo *online*; así como realizar campañas de divulgación para este colectivo.

El nivel de acuerdo es menor respecto a otras acciones -87,5% de acuerdo- como proporcionarles información cultural y social y ofrecerles servicios específicos para personas mayores, así como otras iniciativas encaminadas a promover la participación a través de las nuevas tecnologías y animar a las comunidades digitales a compartirlas. No se consigue un consenso sobre la responsabilidad de las organizaciones en alfabetizar digitalmente a los mayores.

Tabla 8. Propuestas digitales de las organizaciones

Nivel de acuerdo	Sí	No	Acuerdo afirmación	Consenso interjueces
Mi organización podría usar herramientas fáciles y sencillas de utilizar	8	-	100%	100%
Mi organización podría disponer de un servicio de soporte y atención para las personas mayores	8	-	100%	100%
En mi organización tendríamos que avanzar en la alfabetización digital de los mayores	4	4	50%	50%
En mi organización tendríamos que avanzar en ofrecer formación especializada sobre las aplicaciones ofertada	4	4	50%	50%
Podríamos favorecer la participación de los mayores a través de las TIC creando comunidades virtuales	1	7	12,5%	87,5%
Podríamos favorecer la participación de los mayores a través de las TIC fomentando la participación en redes sociales	1	7	12,5%	87,5%
Podríamos implementar nuevos servicios (internet de las cosas) para este colectivo	1	7	12,5%	87,5%
Podríamos adaptar los diseños web a las necesidades de las personas mayores	3	5	37,5%	62,5%
Podríamos realizan campañas divulgación y sensibilización de los servicios ofertados para este colectivo	8	-	100%	100%
Promedio			52,8%	80,5%

Fuente: Elaboración propia.

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

4.- Conclusiones y discusión

4.1.- Alcance de objetivos

Las declaraciones tanto de los participantes en los grupos de discusión como de expertos a través del método Delphi permiten profundizar en la relación de las personas españolas mayores de 60 años con la administración electrónica (objetivo principal). Estos resultados evidencian una serie de coincidencias y algunas discrepancias:

1. Respecto a los motivos y frenos de los mayores para la utilización de la administración en línea, todos los participantes coinciden en que la incorporación de este colectivo al uso de tales servicios se está produciendo de forma paulatina y natural. Asimismo, existe consenso respecto a la aceptación de los mayores de dispositivos electrónicos para realizar las tareas administrativas más sencillas y rutinarias, debido a la conveniencia y rapidez que les reportan. Entre los frenos identificados, tanto los mayores como los expertos participantes en la investigación consideran que existe una desconfianza por parte del público *senior*, en cierta medida, motivada por la complejidad al realizar los trámites y por el miedo que les provoca la tecnología. Los mayores indicen en que la dificultad para realizar algunos trámites electrónicos radica en la falta de competencia de la administración para proporcionar procesos sencillos; mientras los expertos enfatizan la ausencia de destrezas digitales de este colectivo.

2. En lo relativo a la percepción de una brecha digital generacional, tanto expertos como mayores concuerdan en que es evidente, si bien, consideran que, cada vez, es menor. Los mayores manifiestan cierta ansiedad tecnológica ante la omnipresencia digital y perciben su dependencia de otros para el desarrollo de algunos trámites *online*.

3. En la relación con las soluciones propuesta para romper la brecha digital y fomentar el empoderamiento del colectivo *senior*, todos los participantes coinciden en que el uso de la administración electrónica promueve la independencia y el empoderamiento de las personas mayores. Tal y como advierten estudios previos (Abad Alcalá, 2016; Viñarás-Abad et al., 2017; Llorente-Barroso, et al., 2018), ambos convienen en que la alfabetización digital de los *seniors* es fundamental para favorecer su inclusión digital. Al respecto, los mayores son muy críticos con la Administración; consideran que no aportan los recursos necesarios para llevar a cabo procesos de enseñanza que les incluyan como ciudadanos en igualdad con otros colectivos. Por su parte, los expertos consultados muestran un incipiente acercamiento a través de iniciativas puntuales que no obedecen a una estrategia global que dé respuesta a las necesidades de los mayores.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Estudios y Artículos
Desafíos de la administración electrónica para la inclusión…
por María Sánchez Valle y Carmen Llorente Barroso
Págs. 217-243
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

4.2.- Discusión

El paulatino envejecimiento de las sociedades desarrolladas y el impacto de las TIC en el devenir de sus actividades ha provocado la necesidad de profundos cambios en las instituciones públicas. Más allá de la preocupación económica por mantener las sociedades del bienestar, el envejecimiento global implica un compromiso de los agentes sociales (Jia et al., 2015; Viñarás et al., 2017). Para abordar este proceso de envejecimiento se precisan enfoques interprofesionales integrales que consideren los aspectos sociales que subyacen en el mismo (Tomaz-De-Lima et al., 2018).

Las TIC son una herramienta que permite la integración social de grupos desfavorecidos (Bernal-Meneses et al., 2019), también de los mayores. El impacto positivo que tienen para paliar las limitaciones psico-físicas de algunos mayores, las convierte en un instrumento de autonomía extraordinario; de ahí que la administración electrónica emerja como un elemento clave en la ruptura de la brecha digital generacional. En este sentido, es imperativo desarrollar medidas para ayudar a los *seniors* confinados en sus hogares a beneficiarse de los servicios electrónicos (Ma & Zheng, 2017).

El uso de la administración electrónica supone grandes ventajas para la mayoría de las partes (administraciones, empresas y ciudadanos). Si bien, algunos colectivos poco familiarizados con las TIC pueden ver limitados sus derechos por no disponer de las habilidades que les den acceso al uso con aprovechamiento de tales tecnologías. Pese a ello, un adecuado desarrollo de los servicios de *e-goverment* puede contribuir de manera significativa al empoderamiento de los mayores, incrementando su confianza y dotándoles de capacidades para influir en la toma de decisiones (Rowlands, 1997; Zimmerman, 1990). Entre los factores de empoderamiento de los mayores relacionados con el uso que hacen de las TIC, se han reconocido los administrativos y transaccionales, por agilizar sus quehaceres cotidianos (Llorente-Barroso, et al., 2015; Sánchez-Valle, et al., 2017; Sleggers et al., 2007). Concretamente, respecto a los trámites administrativos que los ciudadanos *senior* desarrollan *online* destacan la declaración de la renta, la gestión de facturas y la solicitud de citas previas (Sleggers et al., 2007). Además de la autonomía, los servicios *online* de la Administración resultan de gran ayuda para las personas con movilidad reducida (Agudo-Prado et al., 2012), entre las que se pueden encontrar las personas de edad avanzada por el deterioro físico asociado a su etapa vital.

En cualquier caso, para conseguir que el colectivo *senior* utilice la administración electrónica es necesario atender a sus demandas, acometiendo determinados cambios que simplifique el diseño de las webs tanto en forma como en contenido (Llorente-Barroso, et al., 2017; Tjandra, et al., 2022). De hecho, sería importante adaptar las *interfaces* para incentivar su motivación y mermar el estrés que les genera el uso de la tecnología (Hawthorn, 2000).

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

Bibliografía

ABAD-ALCALÁ L. (2016). *Alfabetización mediática para la e-inclusión de personas mayores.* Dykinson.

ABAD-ALCALÁ L. (2014). Diseño de programas de e-inclusión para alfabetización mediática de personas mayores. *Comunicar*, 42, 173-80. https://doi.org/10.3916/C42-2014-17

AGUDO-PRADO S., PASCUAL-SEVILLANO M. A., & FOMBONA-CADAVIECO J. (2012). Usos de las herramientas digitales entre las personas mayores. *Comunicar,* 39, 193-201. https://doi.org/10.3916/C39-2012-03-10

ALA-MUTKA K., MALANOWSKI N., PUNIE Y., & CABRERA, M. (2008). Active Ageing and the Potential of ICT for Learning. Institute for Prospective Technological Studies (IPTS). Joint Research Centre (JRC), European. Communities. https://doi.org/10.2791/33182

BARRERA-BARRERA, R., REY-MORENO, M., & MEDINA-MOLINA, C. (2019). Fatores explicativos da preferência e uso da administração eletrônica na Espanha. *Revista de Administração Pública*, *53*(2), 349-374. https://doi.org/10.1590/0034-761220170391

BÉLANGER, F., & CARTER, L. (2009). The impact of the digital divide on e-government use. *Communications of the ACM, 52*(4), 132-135. https://doi.org/10.1145/1498765.1498801

BERNAL-MENESES, L., GABELAS-BARROSO, J. A., & MARTA-LAZO, C. (2019). Las tecnologías de la relación, la información y la comunicación (TRIC) como entorno de integración social. *Interface* (Botucatu), 23, 180149. https://doi.org/10.1590/Interface.180149

BOULKEDID, R., ABDOUL, H., LOUSTAU, M., SIBONY, O., & ALBERTI, C. (2011). Using and reporting the Delphi method for selecting healthcare quality indicators: a systematic review. *PLoS One*. 6(6), e20476. https://doi.org/10.1371/journal.pone.0020476

BRECHDIG (2021). *Seniors digitales: Informe sobre el uso del comercio y la administración electrónica en España*. CEU Ediciones.

COLESCA, S. E., & DOBRICA, L. (2008). Adoption and use of e-government services: the case of Romania. *Journal of Applied Research and Technology, 6*(3), 204-217. https://doi.org/10.22201/icat.16656423.2008.6.03.526

CHIRARA, S. C. (2018). Social inclusion: An e-government approach to access social welfare benefits [Doctoral Thesis]. Nottingham Trent University.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

EBBERS, W. E., PIETERSON, W. J., & NOORDMAN, H. N. (2008). Electronic government: ethinking channel management strategies. *Government Information Quarterly, 25*(2), 181-201. https://doi.org/10.1016/j.giq.2006.11.003

EUROSTAT (2016). *Glossary: E-Government*. Recuperado de: https://cutt.ly/BTa1qCc

GARCÍA BALUJA, W., & PLASENCIA SOLER, J. A. (2020). Aspectos claves para la informatización y el Gobierno Electrónico. *Revista Cubana de Ciencias Informáticas*, *14*(3), 124-147. https://cutt.ly/BTa1y2M

GARCÍA-VALDÉS, M, & SUÁREZ-MARÍN, M. (2013). El método Delphi para la consulta a expertos en la investigación científica. *Revista Cubana de Salud Pública*, 39(2), 253-67. https://cutt.ly/JR10XcV

GONZÁLEZ-CRESPO, R., & SANJUÁN-MARTÍNEZ, O. (2010). La Web 3.0 al servicio de las personas discapacitadas auditivas mediante las pautas de accesibilidad 2.0. *Soc. y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, (36), 153-172. https://cutt.ly/9Ta1Urh

GOPAL A. V., & MURALE, V. (2018). Acceptance of technology by senior citizens. *International Journal of Pure and Applied Mathematics,* 118(5), 645-650. https://cutt.ly/bTa1SIQ

INE (Instituto Nacional de Estadística) (2021). Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. https://cutt.ly/xTa1HMW

KRUEGER, R. A. (1991). *El grupo de discusión. Guía práctica para la investigación aplicada.* Pirámide.

LIIKANEN, E. (2004). La Administración electrónica para los servicios públicos europeos del futuro. UOC: Lección inaugural. https://cutt.ly/vTa1XLj

LINSTONE, H. A., & TUROFF, M. (2002). The Delphi Method Techniques and Applications [Internet]. Addison-Wesley. https://cutt.ly/Q3a4AKg

LLORENTE-BARROSO, C., PRETEL-JIMÉNEZ, M., ABAD-ALCALÁ, L., SÁNCHEZ-VALLE, M. & VIÑARÁS-ABAD, M. (2018). Administración electrónica y comercio electrónico como instrumentos para un envejecimiento activo. *Aula Abierta, 47*(1), 87-96. https://doi.org/10.17811/rifie.47.1.2018.87-96

LLORENTE-BARROSO, C., VIÑARÁS-ABAD, M., & SÁNCHEZ-VALLE, M. (2015). Internet and the Elderly: Enhancing Active Ageing. *Comunicar, 45*, 29-36. https://doi.org/10.3916/C45-2015-03

MA, L., & ZHENG, Y. (2017). Does E-Government Performance Actually Boost Citizen Use? Evidence from European Countries. *Public Management Review*, 20(10), 1513-32. https://doi.org/10.1080/14719037.2017.1412117

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

MINISTERIO DE ECONOMÍA (2015). Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. (Estrategia TIC 2015 - 2020). Gobierno de España. https://cutt.ly/13a708U

MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA (s.f.). Portal Institucional https://cutt.ly/6Ta0aIK

MOLNÁR, T., KŐ, A., & MÁTYUS, B. (2017). Exploring Usability and Acceptance Factors of m-Government Systems for Elderly. In: Kő A, & Francesconi E. (Eds.). *Electronic Government and the Information Systems Perspective*. EGOVIS. Springer International Publishing AG, pp. 175-188. https://doi.org/10.1007/978-3-319-64248-2_13

MORGAN, D. L. (1996). Focus groups. *Annual review of sociology*, 22, 129-52. https://doi.org/10.1146/annurev.soc.22.1.129

PHANG, C. W., SUTANTO, J., KANKANHALLI, A., LI, Y., TAN, B. C. Y., & TEO, H. H. (2006). Senior Citizens' Acceptance of Information Systems: A Study in the Context of e-Government Services. *IEEE Transactions on Engineering Management*, 53(4), 555-69. https://doi.org/10.1109/TEM.2006.883710

REGUANT-ÁLVAREZ, M., & TORRADO-FONSECA M. (2016). El método Delphi. *REIRE. Revista d'Innovació i Recerca en Educació*, 9(2), 87-102. https://doi.org/10.1344/reire2016.9.1916

RAMÍREZ, J., RINCÓN, D., & ROMERO, M. G. (2011). Gobierno electrónico: un signo de inclusión digital y poder popular. *Revista de Ciencias Sociales*, *16*(4). https://doi.org/10.31876/rcs.v16i4.25537

ROWLANDS, J. O. (1997). Questioning Empowerment. Working with Women in Honduras. Oxfam publication.

SÁNCHEZ-VALLE, M., LLORENTE-BARROSO, C., & ABAD-ALCALÁ, L. (2022). Perceptions and attitudes of Spanish "Digital Seniors" towards e-government. *International Journal of Electronic Government Research (IJEGR*), 18(1), 1-19. https://doi.org/10.4018/IJEGR.297228

SÁNCHEZ-VALLE, M., VIÑARÁS-ABAD, M., & LLORENTE-BARROSO, C. (2017). Empowering the elderly and promoting active ageing through the Internet: The benefit of e-inclusion programmes. In Kollak, I. (Ed.) *Safe at Home with Assistive Technology*, Springer International Publishing, pp. 95-108. https://doi.org/10.1007/978-3-319-42890-1_7

SILVA-MORALES, D. O., & LLATAS, F. D. H. (2021). Gobierno electrónico y transparencia en la municipalidad distrital de la Victoria. *Ingeniería: Ciencia, Tecnología e Innovación*, *8*(1). https://doi.org/10.26495/icti.v8i1.1549

SHAPIRA N., BARAK, A., & GAL, I. (2007). Promoting older adults' well-being through internet training and use. *Aging & Mental Health*, 11(5), 477-84. https://doi.org/10.1080/13607860601086546

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

SIREN A., & KNUDSEN S. G. (2017). Older adults and emerging digital service delivery: A mixed methods study on information and communications technology use, skills, and attitudes. *Journal of Aging & Social Policy*, 29(1), 35-50. https://doi.org/10.1080/08959420.2016.1187036

SLEGERS K., VAN-BOXTEL, M. P., & JOLLES, J. (2007). Effects of computer training and Internet usage on the well-being and quality of life of older adults: A randomized, controlled study. *Educational Gerontology*, 33, 91-110. https://doi.org/10.1080/03601270600846733

STEURER, J. (2011). The Delphi method: an efficient procedure to generate knowledge. *Skeletal Radiology*, 40(8), 959-91. https://doi.org/10.1007/s00256-011-1145-z

TJANDRA, A. M., WIDJONO, R. A., & VIOLETA, K. N. (2022). Systematic Review: Interface Design Study in eCommerce for Elder. In DESIGN-DECODED 2021: Proceedings of the 2nd International Conference on Design Industries & Creative Culture, vol. 5, 409. Kedah, Malaysia: European Alliance for Innovation. https://doi.org/10.4108/eai.24-8-2021.2315264

TOMAZ-DE-LIMA, R. R., ALVES-DE-VILAR, R. L., LIMA-DE-CASTRO, J., & COSTA-DE-LIMA, K. A. (2018). Educação interprofissional e a temática sobre o envelhecimento: Uma análise de projetos pedagógicos na área da Saúde. *Interface (Botucatu),* 22(Suppl 2), 1661-7163. https://doi.org/10.1590/1807-57622017.0466

TURNER, P., TURNER, S. E., & VAN-DE-WALLE, G. (2007). How older people account for their experiences with interactive technology. *Behaviour & Information Technology,* 4(26), 287-96. https://doi.org/10.1080/01449290601173499

VALLÉS, M. S. (2002). Entrevistas cualitativas. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).

UNITED NATIONS (2019). *World Population Prospects: The 2019 Revision*. New York: Department of Economic y Social Affairs Population Division United Nations. https://bit.ly/2ZVxGnP

VIÑARÁS-ABAD, M., ABAD-ALCALÁ, L., LLORENTE-BARROSO, C., SÁNCHEZ-VALLE, M. & PRETEL-JIMÉNEZ, M. (2017). Administración electrónica y e-inclusión de las personas mayores. *Revista Latina de Comunicación Social, 72*, 197-219. https://doi.org/10.4185/RLCS-2017-1161

WANDKE, H., SENGPIEL, M., & SÖNKSEN, M, (2012). Myths about older people's use of information and communication technology. *Gerontology, 58*(6), 564-70. https://doi.org/10.1159/000339104

WILLIAMSON, K., & ASLA, T. (2009). Information behavior of people in the fourth age: Implication for the conceptualization of information literacy. *Library & Information Science Research*, 31, 76-83. https://doi.org/10.1016/j.lisr.2009.01.002

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.239

XIE, B., & BUGG, J. M. (2009). Public library computer training for older adults to access high-quality Internet health information. *Library & Information Science Research,* 31(3), 155-62. https://doi.org/10.1016/j.lisr.2009.03.004

YAP, C., AHMAD, R., MASON, C., & NEWAZ, F. (2017). Satisfaction with E-Government Portals: Perspective of senior citizens. Proceedings of the 9th International Joint Conference on Knowledge Discovery, Knowledge Engineering and Knowledge Management (KMIS 2017), pp. 41-9. https://doi.org/10.5220/0006498000410049

ZIMMERMAN, M. (1990). Taking action in empowerment research: On the distinction between individual and psychological conceptions. *American Journal of Community Psychologie*, 18(1), 169-77. https://doi.org/10.1007/BF00922695

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes…
por Camilo Jara-Villalobos
Págs. 247-275
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones a nivel internacional comparado

Camilo Jara-Villalobos[1]
Universidad de Edimburgo
Reino Unido

ORCID: 0000-0002-9722-1672

RECIBIDO: 6 de octubre de 2022
ACEPTADO: 24 de enero de 2023

RESUMEN: Un pilar de la transparencia es el derecho de los ciudadanos de solicitar información de sus gobiernos, con la posibilidad de reclamar en caso de recibir respuestas insatisfactorias. Para 2020, 127 países aprobaron Leyes de Acceso a la Información, y 92 crearon órganos de control para conocer las reclamaciones. La literatura señala que, en teoría, el número de solicitudes y reclamaciones podrían ser variables para medir la transparencia de los países. Sin embargo, se desconoce cuál sería la tasa media o estándar a nivel comparado. Utilizando datos de los informes anuales de los órganos de control y de población, se ha obtenido que tasa media de solicitudes a nivel comparado es 420 al año/100.000 habitantes, la tasa media de reclamaciones es 20 al año/100.000 habitantes, y la tasa media de solicitudes exitosas es 89%. Estas variables no están asociadas a otros factores de transparencia, como ingreso y libertad de prensa.

PALABRAS CLAVE: Transparencia - Acceso a la información – Número de solicitudes – número de reclamaciones.

CONTENIDOS: 1.- Introducción. 2.- Discusión: Transparencia, acceso a la información y número de solicitudes. *2.1.- Transparencia. 2.2.- Leyes de Acceso a la Información. 2.3.-Solicitudes de acceso a la información, y derecho a reclamar frente a respuestas insatisfactorias. 2.4.- Número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones en literatura académica previa*. 3.- Problemas y preguntas de investigación. 4.- Metodología. 5.- Resultados. 6.- Conclusiones y desarrollo futuro. - Bibliografía. - Anexos.

[1] PhD Researcher University of Edinburgh. Licenciado en Derecho, Universidad de Chile. Máster en Democracia y Gobierno, Universidad Autónoma de Madrid. Abogado consejero del Estudio Jurídico Osorio Vargas (OSVA) en Santiago, Chile. Correo: c.jara-villalobos@ed.ac.uk. Este trabajo fue financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), Programa Becas Chile de Doctorado en el Extranjero 2019 – Folio N° 72200181.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes…
por Camilo Jara-Villalobos
Págs. 247-275
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

An exploratory study on the number of access to information requests and complaints at the international comparative level

ABSTRACT: One pillar of transparency is the right of citizens to request information of their interest to governments and the possibility of complaining in case of receiving unsatisfactory responses. By 2020, 127 countries had approved Freedom of Information Laws, and 92 had created 'oversight bodies' responsible for attending complaints. The literature has indicated that the number of requests and complaints could be appropriate variables to measure the countries' transparency. Nonetheless, there are no previous comparative studies on the topic. Using data from 'oversight bodies' coming from annual reports -such as Information Commissioners and Ombudspersons- and crossing with population data, the average rate of requests at the comparative level is around 420 per year/100,000 inhabitants. The average rate of complaints is approximately 20 per year/100,000 inhabitants. The average rate of successful requests is about 89%. These variables are not associated with other transparency factors, such as income and press freedom.

KEYWORDS: Transparency- Access to information – Number of requests – Number of complaints.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

1.- Introducción

La transparencia ha sido entendida como la posibilidad de evaluar determinadas instituciones en base a la información que ellas publican sobre sí mismas. Uno de los mecanismos para llevar a efecto la transparencia gubernamental es el "derecho de acceder a la información pública"; esto es, la facultad que tienen los ciudadanos de presentar solicitudes a los gobiernos sobre piezas específicas de información de su interés, con el compromiso de los gobiernos de responder los requerimientos, y el derecho a reclamar de forma sencilla y rápida en caso de recibir una respuesta insatisfactoria.

Para el año 2020, 127 países del mundo habían aprobado Leyes de Acceso a la Información Pública, consagrando así a nivel legal el derecho de los ciudadanos de acceder a la información de sus gobiernos. De ellos, 92 países habían creado "órganos de control"; esto es, organismos con competencia para conocer reclamaciones o apelaciones administrativas de los ciudadanos en relación con las respuestas insatisfactorias de sus solicitudes de acceso a la información. Estos órganos de control usualmente tienen otro tipo de poderes, tales como colaborar en la implementación de la ley, levantar estadísticas y sancionar a los funcionarios que no cumplen la ley.

La literatura académica ha señalado consistentemente que el número de solicitudes de acceso a la información, reclamaciones y solicitudes exitosas, podrían ser variables apropiadas para medir el desempeño de la transparencia de los países. Sin embargo, no existen estudios previos, de carácter cuantitativo, que hayan indicado cuál es la tasa media o estándar de solicitudes de acceso a la información, cuál es la tasa media de reclamaciones, ni de solicitudes de acceso a la información exitosas, a nivel internacional comparado.

De este modo, el presente artículo intentará responder tres preguntas principales de investigación (1) ¿cuál es la tasa media de solicitudes de acceso a la información, a nivel internacional comparado?; (2) ¿Cuál es la tasa media de reclamaciones o apelaciones administrativas del derecho de acceder a la información, a nivel internacional comparado?; (3) ¿Cuál es la tasa media de solicitudes de acceso a la información "exitosas" o no reclamadas, a nivel internacional comparado? Asimismo, se revisará brevemente si estas variables están asociadas o no a otros factores de transparencia reconocidos por la literatura

La metodología principal del estudio ha sido recopilar datos de número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones desde las memorias anuales o informes de trabajo de los "órganos de control" nacionales de transparencia -tales como Comisionados de Información, Consejos de Transparencia, Defensores del

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Pueblo- (ver Anexos). Se obtuvieron datos de más de 60 países. Luego, para comparar los datos, éstos fueron cruzados por estadísticas de población de cada país, de forma de obtener cada variable por "cada 100.000 habitantes". En el caso de la tasa de solicitudes "exitosas", ésta se obtuvo dividiendo el número de apelaciones o reclamaciones por el número de solicitudes. Finalmente, las variables resultantes fueron comparadas mediante estadísticos de correlación, con variables de ingreso per cápita y libertad de prensa.

El estudio obtuvo los siguientes resultados; la tasa media de solicitudes de acceso a la información a nivel internacional comparado es de 420 al año/100.000 habitantes. La tasa media de reclamaciones o apelaciones administrativas del derecho de acceder a la información es de 20 al año/100.000 habitantes. La tasa media de solicitudes de acceso a la información "exitosas" o no reclamadas es 89%. Las tres variables precedentes no parecen estar asociadas a otros factores de transparencia descritos por la literatura, tales como ingreso per cápita y libertad de prensa.

La estructura del estudio es la siguiente: (1) Introducción. (2) Discusión teórica sobre qué es la transparencia y el derecho de acceder a la información, y en qué medida el número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones pueden ser una variable para mediar la transparencia de los países. (3) Problemas y preguntas de investigación. (4) Metodología. (5) Resultados. (6) Conclusiones y desarrollo futuro. (7) Bibliografía. (8) y (9): Anexos con Base de Datos y Fuente de los Datos.

2.- Discusión: Transparencia, acceso a la información y número de solicitudes

2.1.- Transparencia

La transparencia ha sido definida como "la divulgación de información por parte de instituciones, que es relevante para evaluar a las mismas instituciones" (Florini, 2007: 5). De forma similar, Meijer (2013: 430) ha señalado que lo que define la transparencia, es la posibilidad de utilizar la información disponible para "monitorear el trabajo o desempeño de una institución". En este sentido, la transparencia contiene dos elementos centrales, la "visibilidad" de la información de las instituciones gubernamentales, y la posibilidad de obtener conclusiones a partir de dicha información, la así denominada "inferibilidad" (Bauhr & Grimes, 2017: 433; Michener & Bersch, 2013: 185).

La transparencia apareció en el debate público como consecuencia de la doctrina de la Nueva Gestión Pública (New Public Management), en la década de los '80, la cual enfatizaba que los gobiernos debían ser administrados como empresas, y que debían actuar de forma eficiente para obtener resultados (Holsen, 2012: 20). Bajo el "espíritu de la Nueva Gestión Pública, las políticas públicas implican principalmente la construcción y divulgación de indicadores de resultados, debidamente

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

cuantificables" (Grimmelikhuijsen, 2012a: 296). Así, para mejorar la gestión, el paso previo es contar con información. Bauhr & Grimes (2014: 292) explican que la idea que la transparencia mejorará los resultados del gobierno, está basada en la "teoría del agente-principal" (principal-agent theory), ya que "la transparencia aumenta la probabilidad de que los principales [ciudadanos] detecten la mala conducta por parte de los agentes [funcionarios] y los sancionen, disuadiendo así el abuso del poder público por parte de los agentes". Así, asumiendo un comportamiento racional de las personas, la transparencia funciona como una herramienta para reducir la asimetría de información entre "principales" y "agentes".

Desde la década de 2000, "transparencia" se ha convertido en una "palabra de moda" en el lenguaje del gobierno y las políticas públicas (Grimmelikhuijsen, 2012b: 18). Sin demasiada evidencia empírica como respaldo, la transparencia ha sido recomendada cual remedio en contra de todo tipo de problemas en el gobierno, como para reducir la corrupción y los casos de mal comportamiento, mejorar la rendición de cuentas, mejorar los procesos de toma de decisiones, mejorar la gestión financiera, participación ciudadana, confianza en el gobierno, entre muchos otros beneficios (Cucciniello, Porumbescu & Grimmelikhuijsen, 2017; Worthy & Hazell, 2017). La transparencia se ha convertido una "solución de talla única" para todo tipo de problemas (Di Mascio, 2019; Worthy, 2017), y actualmente tiene un "significado cuasi-religioso" en los asuntos gubernamentales (De Fine Licht, Naurin, Esaiasson & Gilljam, 2014: 111). Actualmente, argumentar en contra de la transparencia "sería como hablar en contra de la maternidad y del pastel de manzana" (Scrollini, 2015: 18).

Sobre la forma en que los gobiernos pueden ser más transparentes, la literatura ha identificado cuatro elementos clave: que el régimen del país sea democrático, que exista libertad de prensa, buen desempeño económico y que los países aprueben Leyes de Acceso a la Información (Grigorescu, 2003). De éstas, "la forma más básica de volverse más transparente es mediante la promulgación de Leyes de Acceso a la Información" (Grimmelikhuijsen, 2012b: 48), que además es una manera fácil para los gobiernos de "señalar su propia honestidad" frente a actores domésticos e internacionales (Schnell, 2018: 416).

2.2.- Leyes de Acceso a la Información

Hemos señalado que la forma más fácil para los países de volverse más transparentes es mediante la aprobación de las denominadas "Leyes de Acceso a la Información" (Access to Information Laws), también denominadas "Leyes de Libertad de Información" (Freedom of Information Acts), o simplemente "Leyes de Transparencia" (Neuman, 2004; UNESCO, 2020; Worker & Excell, 2014). De este modo, las Leyes de Acceso a la Información "institucionalizan la transparencia" al establecer reglas y procedimientos para que los ciudadanos puedan acceder a la información de los gobiernos (Berliner, 2012: 12). Las últimas décadas han visto una

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes…
por Camilo Jara-Villalobos
Págs. 247-275
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

"revolución global de transparencia" en términos del número de Leyes de Acceso a la Información aprobadas alrededor del mundo (Mabillard & Pasquier, 2016: 77), pasando de unas pocas a más de 100 en menos de 20 años.

Tabla 1: Número de Leyes de Acceso a la Información alrededor del mundo

Año de aprobación de la Ley de Acceso a la Información	Número de países	Porcentaje	Acumulado
Antes 1980	6	4,72	4,72
Entre 1980-1989	6	4,72	9,45
Entre 1990-1999	19	14,96	24,41
Entre 2000-2009	54	42,52	66,93
Entre 2010-2019	42	33,07	100,00
Total	127	100,00	

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Access Info & Centre for Law and Democracy (2020)

Tal como se aprecia en la Tabla N° 1, para 2020 más de 120 países habían aprobado Leyes de Acceso a la Información, reconociendo a nivel legal el derecho de acceder a la información. Es importante destacar lo observado por Banisar (2006: 20), que ha señalado que "en términos generales, la mayoría de las Leyes de Acceso a la Información son bastante similares (…) debido a que las leyes de algunos países, aquellos que fueron los primeros en adoptarlas, han servido como modelo por el resto", como Estados Unidos, Canadá y Australia.

Las Leyes de Acceso a la Información suelen contener dos elementos esenciales. Por un lado, establecen la "transparencia proactiva" (o "activa"), en que los gobiernos hacen pública la información sobre sus actividades por cuenta propia, sin mediar requerimiento, generalmente a través de sus portales de internet. Por otro lado, establecen el acceso impulsado por la demanda o "derecho de acceder a la información", que se refiere al derecho de los ciudadanos de presentar solicitudes a los gobiernos sobre piezas específicas de información, al compromiso de los gobiernos de responder los requerimientos, y el derecho a reclamar en caso de recibir una respuesta insatisfactoria (Darbishire, 2010; Fox, 2007; Mendel, 2004).

En este sentido, los principales contenidos de una Ley de Acceso a la Información son el principio que consiste en que los ciudadanos tienen el derecho de acceder a la información gubernamental, la obligación de realizar activamente publicaciones de ciertas piezas de información ("transparencia proactiva"), la determinación del alcance de la Ley (si sólo aplica sobre el Poder Ejecutivo o sobre todos los poderes del Estado), y las denominadas "excepciones", las causales de reserva o secreto por las cuales los órganos del Estado pueden no divulgar ciertas piezas de información -tales como la seguridad nacional, la privacidad de los ciudadanos, los intereses comerciales de las empresas- (Ackerman & Sandoval-Ballesteros, 2006: 99; Douglas, 2019: 22; Lemieux & Trapnell, 2016: 21).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Adicionalmente, las Leyes de Acceso a la Información regulan cuestiones procedimentales sobre cómo los ciudadanos deben presentar las solicitudes de acceso a la información ante los organismos de Gobierno, los plazos para responder las solicitudes, costos de reproducción, y reglas sobre cómo hacer cumplir la Ley. Específicamente, cómo y ante quién reclamar en caso de que los organismos públicos entreguen respuestas insatisfactorias a los requerimientos de acceso a la información de los ciudadanos (Mendel, 2009: 160; Priest, 2018: 9).

2.3.- Solicitudes de acceso a la información, y derecho a reclamar frente a respuestas insatisfactorias

El "derecho de acceder a la información" es la posibilidad de que los ciudadanos presenten solicitudes ante los diferentes órganos del gobierno de piezas específicas de información de su interés. Cuando los ciudadanos no están satisfechos con la respuesta entregada por un organismo público -o no reciben respuesta-, es imprescindible establecer mecanismos de cumplimiento, toda vez que "una Ley [de Acceso a la Información] sin mecanismo de cumplimiento está condenada a ser letra muerta, ya que la cultura de la burocracia generalmente va en contra de la implementación automática de la transparencia" (Ackerman & Sandoval-Ballesteros, 2006: 105). Asimismo, se ha señalado que "las Leyes [de Acceso a la Información] más avanzadas son esencialmente inútiles si no hay medios prácticos para hacerlas cumplir" (Pearlman, 2010: 130). De este modo, se requiere de herramientas efectivas para hacer cumplir estas leyes.

La literatura reconoce tres mecanismos para que los ciudadanos que han presentado solicitudes de acceso a la información puedan reclamar en caso de estar disconformes con la respuesta entregada por los órganos de gobierno. Primero, una "reconsideración" o "reposición" ante el mismo organismo público que denegó la información. Segundo, una reclamación o apelación de carácter administrativo frente a un "órgano de control" (oversight body). Si el organismo de control está especializado en acceso a la información pública, se denomina "Comisionado de Información" o "Consejo de Transparencia". Por el contrario, el órgano de control puede tener, además, la responsabilidad de protección de los derechos humanos o reclamaciones en general contra el aparato gubernamental -tales como "Defensores del Pueblo", "Comisiones de Derechos Humanos" u "Ombudsperson"- u otro organismo con competencia en otras materias -tales como Autoridades Anticorrupción o Auditores Generales-. El tercer mecanismo es una reclamación ante los Tribunales de Justicia (Ackerman & Sandoval-Ballesteros, 2006; Dokeniya, 2013; Holsen & Pasquier, 2012; Neuman, 2009; Priest, 2018; UNESCO, 2020).

La literatura concuerda que el modelo más ventajoso para los ciudadanos frente a respuestas insatisfactorias, es entregar una reclamación o apelación administrativa ante órganos de control, tales como Comisionados de Información o Defensores del Pueblo, toda vez que es una solución relativamente rápida, barata, que

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

habitualmente puede realizarse a través de Internet, no requiere de abogados -como sí requieren los Tribunales- y por tanto, se considera más "amigable" para los ciudadanos (Allan & Currie, 2007; Holsen & Pasquier, 2012; Parsons, 2022).

La otra ventaja es que los órganos de control también pueden ser dotados con poderes para supervisar la implementación de las Leyes de Acceso a la Información ("promotion powers"), como capacitación de funcionarios públicos, asistencia a ciudadanos en el uso de la ley, evaluaciones del cumplimiento de la ley por parte de los organismos públicos, compilación de estadísticas, e investigación y sanción de funcionarios públicos que no cumplen con la ley (Darbishire, 2007; Mendel, 2015; Neuman, 2009).

Es necesario prevenir que la implementación de órganos de control no ha sido necesariamente uniforme a nivel comparado. La literatura ha reportado que en algunos países, los órganos de control han establecido algunas barreras de entrada para presentar reclamaciones, tales como presentar prueba de la identidad del reclamante mediante un ID o DNI válido (Larraín Fernández, 2008: 183). Otros problemas reportados son el cobro de tarifas (fees), no adoptar tecnologías de la información para facilitar la presentación de reclamaciones o no estandarizar formularios para reclamar (Banisar, 2006). Aun así, estas barreras de entrada siguen siendo más bajas que las de una reclamación judicial, que por lo general será más largo y costoso para los ciudadanos (Dokeniya, 2013; Pearlman, 2010).

En base a datos del Right to Information Rating (Access Info & Centre for Law and Democracy, 2020), es posible calcular que, de los 127 países que habían aprobado Leyes de Acceso a la Información para 2020, en 92 de ellos la ley contemplaba el derecho a una reclamación o apelación administrativa ante a un órgano de control. El resto sólo una reconsideración interna y/o reclamación judicial. De esos 92 países, 58 de ellos habían establecido que el reclamación o apelación administrativa sería ante un órgano de control especializado en transparencia tipo "Comisionados de Información" o "Consejos de Transparencia", en 27 el órgano de control encargado de recibir los reclamaciones correspondía al organismo encargado de velar por el respeto a los derechos humanos o reclamos contra la burocracia, tales como el Ombudsperson o Defensor del Pueblo, y en siete, otro tipo de organismos no especializados, tal como se aprecia en la Tabla N° 2.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Tabla 2: Apelación Administrativa y órganos de control

Tipo de órgano de control que recibe apelaciones de la Ley de Acceso a la Información	Número de países	Porcentaje	Acumulado
Comisionado de Información/ Consejo de Transparencia (órganos especializados)	58	63,04	63,04
Ombudsperson, Defensores del Pueblo (no especializados)	27	29,35	92,39
Otros organismos (no especializados)	7	7,61	100,00
Total	92	100,00	

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Access Info & Centre for Law and Democracy (2020)

Estos mecanismos de apelación administrativa son relevantes, toda vez que, en base a ellos, es posible realizar una estimación de la cantidad de veces que los solicitantes estuvieron y no estuvieron de acuerdo con la respuesta de organismos públicos frente a sus solicitudes de acceso a la información.

Dicho de otro modo, si reclamar frente a un organismo de control es relativamente rápido, fácil, y barato para el ciudadano, y, por lo tanto, no tiene grandes barreras de entrada, es posible asumir que cualquier ciudadano que se encuentra razonablemente disconforme con la respuesta frente a su solicitud, presentará una reclamación administrativa ante un órgano de control. Por el contrario, es posible asumir que, si no reclama, el ciudadano está razonablemente conforme con la respuesta frente a su solicitud de acceso a la información y que, por tanto, considera que su solicitud fue exitosa en términos generales (Hazell & Worthy, 2010).

2.4.- Número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones en literatura académica previa

Existen varias maneras de medir la transparencia. Erlingsson & Wittberg (2018: 5) recientemente realizaron una revisión de la literatura disponible, y concluyeron que existen cuatro formas teóricas de evaluarla: Primero, analizando las Leyes de Acceso a la Información "en abstracto". Segundo, midiendo el alcance del "derecho de acceder a la información", a través del número de solicitudes de acceso a la información y apelaciones. Tercero, contrastar la información que los gobiernos hacen pública a través de Internet, la "transparencia proactiva". Cuarto, estudios basados en percepciones de expertos.

Sobre el segundo método; esto es, medir el número de solicitudes de acceso a la información, el número de reclamaciones, y el número de solicitudes exitosas, este mecanismo ha sido recurrentemente señalado por la literatura académica como uno

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

que en teoría permitiría medir el funcionamiento del derecho de acceder a la información pública, y en último término, de la transparencia de los países en general (Hazell & Worthy, 2010). En el mismo sentido, Mabillard (2016: 7) ha argumentado que "el volumen de solicitudes recibidas por las administraciones nacionales forman un aspecto relevante de la Ley [de Acceso a la Información] porque dan una indicación de la eficiencia de las leyes".

El número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones han sido utilizados como variable cuantitativa en numerosos estudios. Así, por ejemplo, estos datos han sido utilizados para evaluar implementación de leyes de acceso a la información en algunos países de Europa (Dragos, Kovač & Marseille, 2018), de Latinoamérica (Michener, 2015), de la India y sus diferentes Estados (Roberts, 2010), y para desarrollar un prototipo de índice internacional de transparencia (Lidberg, 2009). A nivel nacional, el número de solicitudes y reclamaciones han sido utilizados para comparar el desempeño en materia de transparencia de diferentes órganos estatales, tales como Agencias Federales (Baker, 2015); Municipios (Ben-Aaron, Denny, Desmarais & Wallach, 2017; Poole, 2019), Departamentos de Policía (Kingston, Elliott & Thomas, 2019) y Universidades (Lamoureux, 2019).

El número de solicitudes y reclamaciones también ha sido utilizado como variable independiente en todo tipo de estudios empíricos, relacionados a la confianza en el gobierno (Mabillard & Pasquier, 2016), sobre discriminación de funcionarios públicos a los ciudadanos que solicitan información (Michener & Rodrigues, 2015; Piñeiro-Rodríguez & Rossel, 2018), y a la calidad de la gestión de los archivos de los órganos estatales (Worthy & Hazell, 2017).

Sin perjuicio de lo anterior, la literatura académica no ha indicado cuál sería la tasa o estándar mínimo de solicitudes y reclamos, para considerar un régimen de transparencia como funcional o mínimamente eficiente. Ni siquiera se conoce cuál sería la tasa media de solicitudes de acceso a la información o reclamaciones a nivel comparado.

El estudio más cercano fue realizado por Mabillard (2016), quien comparó datos de solicitudes en la década 2006-2015 para 10 países y un régimen subnacional. Sin perjuicio de lo anterior, 9 de los 10 países analizados, eran países occidentales, democráticos y de altos ingresos, por lo que no puede considerarse como representativa del universo total de 127 países que han aprobado una Ley de Acceso a la Información. De forma similar, Michener (2015) comparó datos de 13 países de América Latina, levantados en distintos años entre 2008-2014, aunque todos pertenecen a la misma región, y por tanto, tampoco puede considerarse como representativa a nivel internacional. De la literatura revisada, no se han encontrado estudios comparativos internacionales sobre la cantidad de reclamaciones o apelaciones administrativas relacionadas al derecho de acceder a la información.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

3.- Problemas y preguntas de investigación

Hemos señalado que la literatura académica ha indicado que, en teoría, el número de solicitudes de acceso a la información, sus correspondientes reclamaciones frente a respuestas insatisfactorias, y el número concedido o denegado, pudieran ser variables adecuadas para medir el funcionamiento del derecho de acceder a la información pública y, en último término, la transparencia de los países.

Sin perjuicio de lo anterior, a nivel internacional comparado, se desconoce cuál sería la tasa media de solicitudes de acceso a la información (Problema 1). Asimismo, a nivel comparado, se desconoce cuál sería la tasa media de reclamaciones o apelaciones administrativas del derecho de acceder a la información ante el órgano de control (Problema 2). Tampoco se conoce a nivel comparado cuál es la tasa media de reclamaciones sobre solicitudes, o sea cuál es el porcentaje de solicitudes que pueden estimarse como "exitosas", en el sentido de que el ciudadano está razonablemente satisfecho con la respuesta recibida y no presentó reclamo alguno (Problema 3). De dichos problemas de investigación, surgen las siguientes preguntas principales de investigación:

Pregunta 1: ¿Cuál es la tasa media de solicitudes de acceso a la información, a nivel internacional comparado?

Pregunta 2: ¿Cuál es la tasa media de reclamaciones o apelaciones administrativas del derecho de acceder a la información, a nivel internacional comparado?

Pregunta 3: ¿Cuál es la tasa media de solicitudes de acceso a la información "exitosas" o no reclamadas, a nivel internacional comparado?

Aun cuando no es el objetivo central de este trabajo, la búsqueda de la tasa de media de solicitudes de acceso a la información, reclamaciones y solicitudes exitosas, permitirá además responder a ciertas preguntas secundarias de investigación tales como ¿Cuáles son los países específicos donde más y menos se solicita información a los órganos del Estado? ¿Cuáles son los países específicos donde más y menos se reclama o apela administrativamente? ¿Cuáles son los países específicos donde las solicitudes son más y menos exitosas? ¿el número de solicitudes y reclamaciones está asociado a otros factores que causan transparencia descritos por la literatura?

Para dar respuesta a estas preguntas, utilizaremos métodos cuantitativos de investigación, en base a datos obtenidos de las memorias anuales o informes de labores de los órganos de control.

4.- Metodología

Los métodos cuantitativos de investigación son los más útiles para intentar entender "instituciones y procesos políticos y sociales a gran escala" (Whittier, Wildhagen &

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Gold, 2019: 2). En el presente caso, el objetivo es tratar de obtener la (1) la tasa media de solicitudes de acceso a la información a nivel internacional comparado; la (2) tasa media de reclamaciones o apelaciones administrativas del derecho de acceder a la información a nivel internacional comparado; y la (3) tasa media de reclamaciones sobre número de solicitudes de acceso a la información (tasa de solicitudes "exitosas" o no reclamadas), a nivel internacional comparado. El estudio tendrá carácter exploratorio, toda vez que no existen estudios exhaustivos previos en la materia.

La metodología de la recopilación de datos ha consistido en revisar las memorias anuales o informes de labores de órganos de control tales como Comisionados de Información/Consejos de Transparencia, Ombudsperson/Defensores del Pueblo/Comisiones de Derechos Humanos y otras autoridades con competencias en materia de transparencia (ver Anexos). El levantamiento de información se realizó por cuenta propia, durante los años 2021 y 2022, a través de las páginas web de los distintos órganos de control.

Una importante prevención en relación con los datos es de carácter temporal. Producto de la pandemia del COVID-19, numerosos gobiernos dictaron leyes de emergencia o aprobaron estados de excepción, muchos de los cuales establecieron limitaciones o derechamente suspendieron la vigencia de las Leyes de Acceso a la Información alrededor del mundo. En este sentido, el Right to Information Rating (Access Info & Centre for Law and Democracy, 2020, COVID-19 Tracker) estimó que solo entre abril y septiembre 2020, alrededor del mundo, más de 60 jurisdicciones habían establecido algún tipo de limitación en las Leyes de Acceso a la Información. De este modo, teniendo especialmente presente la potencial distorsión de los datos a partir del año 2020, el estudio se centrará en el año más reciente posible que no esté afectado por la pandemia; es decir, el año 2019.

Los datos recogidos desde los informes anuales de los órganos de control del año 2019 han sido dos: Primero, el número total de solicitudes de acceso a la información recibidas en el país durante un año calendario a nivel nacional o federal. Segundo, el número total de reclamaciones o apelaciones administrativas recibidas por el órgano de control nacional o federal en el año calendario (ver Anexos). Debemos prevenir que, en algunos países, el año fiscal informado por los informes anuales no coincide con el año calendario. Por ejemplo, en algunos países como Australia o Canadá, el año fiscal se cuenta desde el "01 de julio" hasta el "30 de junio" del año siguiente. En el caso de esos países, hemos reputado los datos del "año fiscal 2018-2019" como si correspondieran al año 2019. Asimismo, hemos descargado datos de población total de los países e ingreso per cápita -medido en dólares- a nivel internacional para el año 2019, desde la base de datos *DataBank*, del Banco Mundial (2022).

Teniendo presente que el tamaño de la población del país pudiera distorsionar la información, con el fin de permitir la comparación de número de solicitudes y

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

número de reclamaciones entre los distintos países, se ha aplicado la fórmula de calcular ambas variables en relación con la población de cada país, estimando cada variable por cada 100.000 habitantes. Esta técnica ha sido utilizada previamente por la literatura al comparar el número de solicitudes de acceso a la información de un número pequeño de países (Mabillard, 2016; Michener, 2015).

De este modo, para responder la Pregunta 1, se ha procedido a calcular el "número total de solicitudes de acceso a la información recibidas a nivel nacional durante un año calendario", con relación a "100.000 habitantes", y se ha creado una variable denominada "número de solicitudes al año/100.000 habitantes". De forma similar, para responder la Pregunta N° 2, se ha procedido a dividir el "número total de reclamaciones o apelaciones administrativas recibidas por el órgano de control nacional en un año calendario" por cada "100.000 habitantes", dando lugar a una variable "número de reclamaciones al año/100.000 habitantes".

Para responder la Pregunta 3, la operación ha sido distinta. Primero, se ha procedido a realizar una división entre el "número total de reclamaciones o apelaciones administrativas recibidas por el órgano de control nacional en un año calendario" por el "número total de solicitudes de acceso a la información recibidas en un país durante un año calendario" dando así a una variable preliminar que muestra la "tasa de solicitudes reclamadas o no exitosas". Como el objetivo de este estudio es el contrario, ver el porcentaje de solicitudes exitosas, se ha procedido a realizar una operación aritmética de resta de 1-"tasa de solicitudes reclamadas o no exitosas", dando así lugar a la variable "tasa de solicitudes de acceso a la información exitosas o no reclamadas", que se expresa en porcentaje. Metodología similar ha sido usada anteriormente por la literatura para comparar la tasa de solicitudes aprobadas entre países (Hazell & Worthy, 2010).

Finalmente, una limitación de este tipo de estudios es que depende intrínsecamente de la disponibilidad de datos sobre solicitudes y reclamaciones (Mueller, 2019: 1024). Aun cuando muchas Leyes de Acceso a la Información exigen que los órganos de control publiquen estadísticas sobre solicitudes y reclamaciones (Worker & Excell, 2014: 8), no todos los países efectivamente las publican. Sobre lo anterior, se ha logrado reunir datos de 42 países en relación con el número de solicitudes para el año 2019. Sobre el número total de reclamaciones o apelaciones administrativas ante el órgano de control al año, se ha logrado reunir datos de 57 países. Respecto de ambas variables para un mismo país -solicitudes y reclamaciones-, se ha logrado reunir datos de 30 países. De este modo, el presente estudio no pretende ser definitivo sobre la materia, sino que tiene carácter exploratorio.

5.- Resultados

Recordemos que la Pregunta 1 ha sido intentar determinar ¿Cuál es la tasa media de solicitudes de acceso a la información, a nivel internacional comparado? La

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Tabla N° 3 muestra la respuesta. Basado en los datos obtenidos de 42 países, la tasa media de solicitudes de acceso a la información es de 426.09 solicitudes al año por cada 100.000 habitantes.

Es interesante destacar que los primeros 10 países del ranking -con la excepción de Perú- son todos países con baja población en términos relativos, de menos de 20 millones habitantes y en general, todos estados de carácter unitario, ningún país con sistema federal. Además, de estos primeros países, los únicos que son países desarrollados son Nueva Zelanda e Irlanda. Por el contrario, los 10 países más bajos del ranking son bastante heterogéneos, con países altamente desarrollados como Alemania, España, Luxemburgo y Suiza, y otros en vías de desarrollo como Sierra Leona, Vanuatu, Afganistán y Nigeria.

Tabla 3: Solicitudes de acceso a la información al año por cada 100.000 hab.

País	Nº solicitudes al año/100.000 habitantes	País	Nº solicitudes al año/100.000 habitantes
Seychelles	2.690,91	Japan	140,71
New Zealand	2.460,41	Paraguay	127,94
Romania	2.045,21	Dominican Republic	120,59
Chile	1.184,61	India	100,58
Montenegro	952,21	Malta	96,42
Peru	824,24	United Kingdom	73,97
Ireland	808,70	Honduras	72,75
Armenia	682,52	South Africa	67,56
Cayman Islands	620,50	Brazil	61,07
Guatemala	522,25	Uruguay	56,10
Croatia	422,88	Philippines	21,36
North Macedonia	420,07	Spain	15,80
Canada	415,56	Germany	14,02
Albania	411,96	Argentina	10,82
El Salvador	309,40	Luxembourg	10,81
United States	262,22	Switzerland	10,68
Kenya	248,21	Iran	8,54
Mexico	219,47	Sierra Leone	1,14
Australia	162,95	Vanuatu	1,00
Bulgaria	149,07	Afghanistan	0,70
Bermuda	142,38	Nigeria	0,41
Media			**426,09**

Fuente: Elaboración propia en base a datos de informes anuales o memorias de trabajo de órganos de control nacionales, y datos de población del Banco Mundial.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

La Pregunta 2 ha sido ¿Cuál es la tasa media de reclamaciones o apelaciones administrativas, a nivel internacional comparado? La Tabla N° 4 entrega la respuesta. Con base en los datos de 57 países, ha sido posible calcular que la tasa media de reclamaciones o apelaciones administrativas ante órgano de control al año es de 21,28 reclamaciones o apelaciones al año por cada 100.000 habitantes.

Nuevamente, es interesante destacar que, aun realizando el control por la variable de población, en general todos los países con mayor número de reclamaciones son países relativamente pequeños en términos de población, con sistema unitario y, otra vez, el único altamente desarrollado entre ellos es Nueva Zelanda. Es interesante destacar Montenegro, que es el país con más reclamaciones por habitantes del mundo y que tiene ocho veces más reclamaciones que el que le sigue, lo que sugiere que algo especial sucede en ese régimen. De los 10 países con menos reclamaciones, con la excepción de Alemania, se trata en general de países en vías de desarrollo. Asimismo, de los países con menos reclamaciones, con la excepción de Azerbaiyán, todos ellos en general son países medianos o grandes en términos de población.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes…
por Camilo Jara-Villalobos
Págs. 247-275
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Tabla 4: Reclamaciones o apelaciones administrativas ante órgano de control nacional al año, por cada 100.000 habitantes

País	Nº reclamaciones al año/100.000 habitantes	País	Nº reclamaciones al año/100.000 habitantes
Montenegro	592,26	Australia	4,20
Serbia	75,95	Spain	3,78
Bermuda	56,33	Denmark	3,63
Estonia	45,90	Norway	3,57
Chile	44,70	Nepal	3,54
Cayman Islands	40,03	Hungary	3,33
North Macedonia	36,24	Armenia	3,31
Cook Islands	34,19	Moldova	2,48
New Zealand	33,80	Finland	1,88
Albania	27,54	India	1,63
Slovenia	25,86	Switzerland	1,55
Croatia	19,92	Belgium	1,34
Canada	16,42	United States	1,27
Mexico	13,24	Trinidad & Tobago	1,00
Ireland	12,42	Brazil	0,85
France	9,67	Belize	0,77
United Kingdom	9,61	Thailand	0,69
Tunisia	9,47	Argentina	0,66
Bosnia Herzegovina	8,33	Germany	0,55
Japan	8,24	Azerbaijan	0,55
Ukraine	7,29	Sierra Leone	0,52
Seychelles	7,17	Kenya	0,25
Portugal	6,46	Bangladesh	0,17
Sweden	6,07	South Africa	0,17
Kosovo	5,93	Pakistan	0,11
Sri Lanka	4,99	Afghanistan	0,10
Luxembourg	4,52	Indonesia	0,02
Malta	4,36	Niger	0,02
Honduras	4,32		
Media			**21,28**

Fuente: Elaboración propia en base a datos de informes anuales o memorias de trabajo de órganos de control nacionales, y datos de población del Banco Mundial.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes…
por Camilo Jara-Villalobos
Págs. 247-275
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

La Pregunta 3 ha sido ¿Cuál es la tasa media de solicitudes de acceso a la información exitosas o no reclamadas, a nivel internacional comparado? La Tabla N° 5 muestra la respuesta. Basados en los resultados de los 30 países que existen datos disponibles, es posible estimar que la tasa media de solicitudes exitosas o no reclamadas es del 88,95% del total de solicitudes. Es interesante destacar que, tanto en el grupo de los países con más como con menos solicitudes exitosas, en ambos existen países altamente desarrollados y en vías de desarrollo, y países de alta y pequeña población.

Tabla 5: Solicitudes de acceso a la información exitosas o no reclamadas

País	Solicitudes de acceso a la información exitosas o no reclamadas (% del total)
Kenya	99,90
South Africa	99,75
Seychelles	99,73
United States	99,52
Armenia	99,51
New Zealand	98,63
Brazil	98,60
Ireland	98,46
India	98,38
Australia	97,42
Chile	96,23
Canada	96,05
Germany	96,04
Malta	95,47
Croatia	95,29
Japan	94,14
Honduras	94,06
Mexico	93,97
Argentina	93,91
Cayman Islands	93,55
Albania	93,32
North Macedonia	91,37
United Kingdom	87,01
Afghanistan	86,14
Switzerland	85,48
Spain	76,10
Bermuda	60,44
Luxembourg	58,21
Sierra Leone	53,93
Montenegro	37,80
Media	**88,95**

Fuente: Elaboración propia en base a datos de informes anuales o memorias de trabajo de órganos de control nacionales.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Finalmente, cabe preguntarse a modo exploratorio, qué factores pudieran causar o estar asociados a estas variables de número de solicitudes al año/100.000 habitantes, al número de reclamaciones ante el órgano de control al año/100.000 habitantes, y al número de solicitudes exitosas o no reclamadas. Si la teoría es correcta, y estos tres números fueran variables adecuadas para medir transparencia, deberían estar asociados con otros factores explicativos de la transparencia, tales como que en el país exista un régimen democrático, que exista libertad de prensa, y un buen desempeño económico.

Sobre lo anterior, con muy contadas excepciones, todos los países que poseemos datos son, al menos formalmente, democracias. Por esta razón, carece de sentido testear dicha variable. Sin embargo, es posible chequear las variables de libertad de prensa y desarrollo económico. Para ello, se ha procedido a realizar un modelo de correlaciones pareadas, entre las tasas medias de solicitudes, reclamaciones y solicitudes exitosas del año 2019, y variables cuantitativas de ingreso per cápita del Banco Mundial (2022) para 2019 y del Índice de Libertad de Prensa de Reporteros Sin Fronteras (2020), que también corresponden a datos del año 2019.

En estadística, un modelo de correlación o covarianza muestra en qué medida dos variables están relacionadas recíprocamente, si varían conjuntamente, y la intensidad de dicha variación. La intensidad de la correlación se mide en una escala de 0 a 1, donde "0" significa que no hay correlación alguna, y "1" que hay una correlación absoluta. Asimismo, para determinar si una correlación es estadísticamente significativa, es posible revisar el *p-value*, o probabilidad de haber obtenido el resultado por puro azar. En ciencias sociales, lo más aceptado es que el *p-value* máximo tolerado sea de 5%, y debemos rechazar cualquier resultado mayor por considerarlo poco confiable (Santana & Rama, 2017: 73-78).

Tabla 6: Correlaciones pareadas

Variables	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
(1) Solicitudes de acceso a la información al año/100.000 habitantes	1,000				
(2) Número de reclamaciones al año/100.000 habitantes	0,199	1,000			
(3) Solicitudes exitosas o no reclamadas (%)	0,154	-0,622*	1,000		
(4) Ingreso per cápita (USD)	**-0,006**	**-0,038**	**-0,217**	1,000	
(5) Índice de Libertad de Prensa (0-100)	**0,217**	**-0,051**	**0,003**	0,405*	1,000
*** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1					

Fuente: Elaboración propia en base a datos de informes anuales o memorias de trabajo de órganos de control nacionales, datos de población del Banco Mundial e Índice de Libertad de Prensa de Reporteros sin Fronteras.

Sección Casos y Sistemas Comparados
Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes…
por Camilo Jara-Villalobos
Págs. 247-275
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Tal como aprecia en la Tabla N° 6, las tasas medias de solicitudes (1), reclamaciones (2) y solicitudes exitosas (3) correlacionan de forma bastante débil con el ingreso per cápita (4) y libertad de prensa (5). Sin embargo, debido que ninguna de dichas correlaciones viene acompañada de un asterisco, esto significa que su *p-value* es mayor a 5%, y, por tanto, debe descartarse cualquier relación estadísticamente significativa debido a la probabilidad de haber obtenido los resultados por mero azar. Así, *a priori*, el número de solicitudes de acceso a la información, reclamaciones y solicitudes exitosas, no aparecen asociadas al ingreso per cápita y a la libertad de prensa, que, en teoría, son variables que explican la transparencia.

Estos resultados podrían significar dos cosas distintas. Por un lado, podría ser que no tenemos datos suficientes para dar una respuesta definitiva, y, por otro lado, podría ser que, derechamente no hay relación alguna entre las variables. Sin embargo, en la medida que no existan datos de más países que permitan dar una respuesta más definitiva, de forma provisional, por ahora debemos descartar una relación estadísticamente significativa, entre las solicitudes, reclamaciones, solicitudes exitosas, y otros factores de transparencia descritos por la literatura, como son ingreso per cápita y libertad de prensa.

6.- Conclusiones y desarrollo futuro

Según la literatura académica, el número de solicitudes de acceso a la información, el número de reclamaciones o apelaciones administrativas, y el número de solicitudes exitosas, serían variables que permitirían medir la transparencia de los países. Sin embargo, no existían estudios exhaustivos previos que hubieran señalado cuál es el estándar o tasa media de dichas variables, a nivel internacional comparado. Para llenar ese vacío, se procedió a recopilar datos desde las memorias anuales o informes de labores de distintos órganos de control alrededor del mundo, llegando a recopilar datos de casi 70 países en total (ver Anexos). Éstos fueron cruzados con datos de población, de forma de permitir la comparación entre países.

A partir de los datos disponibles, los resultados fueron los siguientes: la tasa media internacional de solicitudes de acceso a la información está alrededor de 420 al año por cada 100.000 habitantes. La tasa media internacional de reclamaciones o apelaciones administrativas ante órganos de control es aproximadamente 20 al año por cada 100.000 habitantes. Finalmente, la tasa media internacional de solicitudes exitosas o no reclamadas es cercana al 89%. *A priori*, con los datos disponibles, estas variables no aparecen asociadas a otros factores de transparencia, como ingreso per cápita y libertad de prensa.

Estos resultados son interesantes, toda vez que es la primera aproximación de la literatura en relación con esta materia, y dan lugar a una serie de interrogantes. Las preguntas más importantes para un desarrollo futuro son ¿Qué variables causan el número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones administrativos? ¿A qué factores están asociadas estas variables? Estas preguntas podrían ser respondidas de distintas maneras. Por ejemplo, recopilando información de un

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

mayor número de países -de forma de obtener un resultado estadísticamente más completo-, o bien, testeando nuevas variables explicativas de la transparencia, como por ejemplo aquellas relacionadas a la calidad de las Leyes de Acceso a la Información y el entorno institucional de los órganos de control, tales como los poderes con que cuenta cada organismo, o sus recursos humanos y materiales.

Se debe recordar también que, en teoría, el número de solicitudes y reclamaciones serían variables cuantitativas apropiadas para medir transparencia. En este sentido, otro posible desarrollo futuro podría ser chequear si el número de solicitudes de acceso a la información y reclamaciones, están asociadas o no con otras formas de medir la transparencia, tales como mediciones de la ley en abstracto, estudios comparados sobre transparencia proactiva, o estudios basados en percepciones de expertos. Si no hubiera asociación alguna, se podría poner en duda el postulado teórico.

Finalmente, otro potencial desarrollo futuro del estudio -asumiendo que las solicitudes y reclamaciones sí son buenas variables para medir transparencia-, podría ser estudiar la relación de las solicitudes y reclamaciones con los problemas que la transparencia, al menos en teoría, busca solucionar. Específicamente, estudiar la relación de las solicitudes, reclamaciones y solicitudes exitosas en relación con variables de corrupción, rendición de cuentas, la gestión financiera, participación ciudadana y confianza en el gobierno.

Bibliografía

ACCESS INFO & CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY. 2020. *Global Right to Information Rating (RTI).*

ACKERMAN, J.M. & SANDOVAL-BALLESTEROS, I.E. 2006. The global explosion of freedom of information laws. *Administrative Law Review,* 58(1):130.

ALLAN, K. & CURRIE, I. 2007. Enforcing Access to Information and Privacy Rights: Evaluating Proposals for an Information Protection Regulator for South Africa. *South African Journal on Human Rights,* 23(3):570-586.

BAKER, G. 2015. *Appeals under the US Freedom of Information Act: Timing, Legal Assistance, and Requester Identities of Administrative Appeal Cases at Two Agencies.* Tallahassee: The Florida State University. [Online] Available from: https://diginole.lib.fsu.edu/islandora/object/fsu%3A252920.

BANISAR, D. 2006. *Freedom of information around the world 2006: A global survey of access to government information laws.* London: Privacy International. [Online] Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707336.

BAUHR, M. & GRIMES, M. 2014. Indignation or resignation: The implications of transparency for societal accountability. *Governance,* 27(2):291-320.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

BAUHR, M. & GRIMES, M. 2017. Transparency to curb corruption? Concepts, measures and empirical merit. *Crime, Law and Social Change,* 68(4):431-458.

BEN-AARON, J., DENNY, M., DESMARAIS, B. & WALLACH, H. 2017. Transparency by Conformity: A Field Experiment Evaluating Openness in Local Governments. *Public administration review,* 77(1):68-77.

BERLINER, D. 2012. *Institutionalizing Transparency: The Global Spread of Freedom of Information in Law and Practice.* Seattle: University of Washington.

CUCCINIELLO, M., PORUMBESCU, G.A. & GRIMMELIKHUIJSEN, S. 2017. 25 Years of Transparency Research: Evidence and Future Directions. *Public Administration Review,* 77(1):32-44.

DARBISHIRE, H. 2007. Information Commissioner/s: Comparative Review of Access to Information Oversight Bodies. *Madrid, Spain: Access Info Europe*.

DARBISHIRE, H. 2010. Proactive transparency: the future of the right to information? A review of standards, challenges, and opportunities. *World Bank, Governance Working Paper Series*.

DE FINE LICHT, J., NAURIN, D., ESAIASSON, P. & GILLJAM, M. 2014. When Does Transparency Generate Legitimacy? Experimenting on a Context-Bound Relationship. *Governance,* 27(1):111-134.

DI MASCIO, F. 2019. The role of transparency in anticorruption reform: learning from experience. In: Carloni, E. & Paoletti, D. (eds.). *Preventing corruption through administrative measures*. Perugia: Morlacchi Editore.

DOKENIYA, A. 2013. *Implementing Right to Information: Lessons from Experience.* Washington, DC: World Bank & The International Bank for Reconstruction and Development.

DOUGLAS, J. 2019. *Freedom of Information International Review: Scope of Bodies Included.* Glasgow: Scottish Government's Strategic Analysis Unit. [Online] Available from: https://www.gov.scot/publications/freedom-information-international-review-scope-bodies-included/

DRAGOS, D.C., KOVAČ, P. & MARSEILLE, A.T. 2018. *The laws of transparency in action: A European perspective.* Cham: Palgrave MacMillan.

ERLINGSSON, G.Ó. & WITTBERG, E. 2018. They Talk the Talk – But Do They Walk the Walk?: On the implementation of Right to Information Legislation in Sweden. *Offentlig Förvaltning. Scandinavian Journal of Public Administration,* 22(4):3-20.

FLORINI, A. 2007. *The right to know transparency for an open world.* New York: Columbia University Press.

FOX, J. 2007. The uncertain relationship between transparency and accountability. *Development in practice,* 17(4-5):663-671.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

GRIGORESCU, A. 2003. International Organizations and Government Transparency: Linking the International and Domestic Realms. *International studies quarterly,* 47(4):643-667.

GRIMMELIKHUIJSEN, S. 2012a. A good man but a bad wizard. About the limits and future of transparency of democratic governments. *Information Polity,* 17(3, 4):293-302.

GRIMMELIKHUIJSEN, S. 2012b. *Transparency and trust. An experimental study of online disclosure and trust in government.* Utrecht: Utrecht University.

HAZELL, R. & WORTHY, B. 2010. Assessing the performance of freedom of information. *Government Information Quarterly,* 27(4):352-359.

HOLSEN, S. 2012. *Insight into oversight: how information commissioners contribute to the achievement of access-to-information policy objectives.* Université de Lausanne.

HOLSEN, S. & PASQUIER, M. 2012. Insight on Oversight: The Role of Information Commissioners in the Implementation of Access to Information Policies. *Journal of Information Policy,* 2:214-241.

KINGSTON, S., ELLIOTT, A. & THOMAS, T. 2019. 'Cost' calculations as a barrier to gaining information under the Freedom of Information Act 2000 from the police in England and Wales. *Policing and Society,* 29(7):834-847.

LAMOUREUX, P. 2019. Access to Information, Higher Education, and Reputational Risk: Insights from a Case Study. *Canadian journal of law and society,* 34(3):479-495.

LARRAÍN FERNÁNDEZ, H. 2008. *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba*. Santiago de Chile: Fundación Jaime Guzmán.

LEMIEUX, V. & TRAPNELL, S.E. 2016. *Public Access to Information for Development: A Guide to the Effective Implementation of Right to information Laws.* Washington: World Bank.

LIDBERG, J. 2009. The international freedom of information index: A watchdog of transparency in practice. *Nordicom Review,* 30(1):167-182.

MABILLARD, V. 2016. Freedom of information laws: Evolution of the number of requests in 11 jurisdictions. *Working paper de l'IDHEAP. Université de Lausane*.

MABILLARD, V. & PASQUIER, M. 2016. Transparency and trust in government (2007–2014): A comparative study. *NISPAcee Journal of Public Administration and Policy,* 9(2):69-92.

MEIJER, A. 2013. Understanding the complex dynamics of transparency. *Public Administration Review,* 73(3):429-439.

MENDEL, T. 2015. Designing Right to Information Laws for Effective Implementation. *World Bank Right to Information Series,* (Working Paper No. 3):1-30.

CC BY SA

MENDEL, T. 2004. *Legislation on Freedom of Information: Trends and Standards.* World Bank, Washington, DC.

MENDEL, T. 2009. *The Right to information in Latin America: a comparative legal survey.* Quito: UNESCO.

MICHENER, G. 2015. Assessing freedom of information in Latin America a decade later: Illuminating a transparency causal mechanism. *Latin American Politics and Society,* 57(3):77-99.

MICHENER, G. & BERSCH, K. 2013. Identifying transparency. *Information Polity,* 18(3):233-242.

MICHENER, G. & RODRIGUES, K. 2015. Who wants to know? Assessing discrimination in transparency and freedom of information regimes. Global Conference on Transparency Studies, Università della Svizzeraitaliana, Lugano, Switzerland, 4-6 June 2015.

MUELLER, C. 2019. Evaluating Freedom of Information Laws: Objectives, Approaches, and Practical Considerations. *International journal of public administration,* 42(12):1020-1030.

NEUMAN, L. 2004. *Access to information laws: pieces of the puzzle: An Analysis of the International Norms.* Atlanta.

NEUMAN, L. 2009. Enforcement models: content and context. *Access to Information Working Paper Series, World Bank Institute*: 43.

PARSONS, A. 2022. *Improving oversight of Access to Information. Learning from different approaches across Europe.* London: mySociety. [Online] Available from: https://research.mysociety.org/publications/improving-oversight.

PEARLMAN, M.W. 2010. *Piercing the Veil of Secrecy: Lessons in the Fight for Freedom of Information.* LawFirst Publishing & Connecticut Bar Association.

PIÑEIRO-RODRÍGUEZ, R. & ROSSEL, C. 2018. A field experiment on bureaucratic discretionary bias under FOI laws. *Government Information Quarterly,* 35(3):418-427.

POOLE, E.G. 2019. How Institutional Culture Trumps Tier Effects: Evidence from Government Responsiveness to FOI Requests. *Journal of Public Administration Research and Theory,* 29(2):210-226.

PRIEST, M. 2018. *Designing Freedom of Information Systems: An Overview from Legislation to Implementation.* Office of the Information and Privacy Commissioner of Alberta.

REPORTERS WITHOUT BORDERS. 2020. *World Press Freedom Index.* Paris.

ROBERTS, A. 2010. A Great and Revolutionary Law? The First Four Years of India's Right to Information Act. *Public Administration Review,* 70(6):925-933.

SANTANA, A. & RAMA, J. 2017. *Manual de Análisis de Datos con Stata.* Madrid: Tecnos.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

SCHNELL, S. 2018. Cheap talk or incredible commitment? (Mis)calculating transparency and anti-corruption. *Governance,* 31(3):415-430.

SCROLLINI, F. 2015. *Right to information arenas : exploring the right to information in Chile, New Zealand and Uruguay.* London: London School of Economics and Political Science (LSE).

UNESCO. 2020. *UNESCO launches 2020 survey on public access to information*. [Online] Available from: https://en.unesco.org/news/unesco-launches-2020-survey-public-access-information [Accessed: August 28, 2022].

WHITTIER, N., WILDHAGEN, T. & GOLD, H.J. 2019. *Statistics for Social Understanding: With Stata and SPSS.* Rowman & Littlefield.

WORKER, J. & EXCELL, C.D.A. 2014. *Requests and Appeals Data in Right to Information Systems: Brazil, India, Jordan, Mexico, South Africa, Thailand, United Kingdom, and United States.*

WORLD BANK. 2022. *DataBank.* Washington DC: World Bank. [Online] Available from: https://databank.worldbank.org/.

WORTHY, B. 2017. *The politics of freedom of information how and why governments pass laws that threaten their power.* Manchester: Manchester University Press.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Estudio exploratorio sobre el número de solicitudes…
por Camilo Jara-Villalobos
Págs. 247-275
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Anexo A: Base de datos

País	Población 2019	Número total solicitudes 2019	Solicitudes por cada 100,000 habs.	Número total apelaciones 2019	Apelaciones por cada 100.000 habs.	Tasa de solicitudes exitosas (%)	Ingreso per capita 2019 (USD)
Afghanistan	38.041.757	267	0,70	37	0,10	86,14	494,18
Albania	2.854.191	11.758	411,96	786	27,54	93,32	5.395,66
Argentina	44.938.712	4862	10,82	296	0,66	93,91	10.056,64
Armenia	2.957.728	20.187	682,52	98	3,31	99,51	4.604,65
Australia	25.365.745	41.333	162,95	1.066	4,20	97,42	54.875,29
Azerbaijan	10.024.283			55	0,55		4.805,75
Bangladesh	163.046.173			275	0,17		1.855,74
Belgium	11.488.980			154	1,34		46.591,49
Belize	390.351			3	0,77		5.078,81
Bermuda	63.913	91	142,38	36	56,33	60,44	117.098,45
Bosnia Herzegovina	3.300.998			275	8,33		6.119,76
Brazil	211.049.519	128.889	61,07	1.804	0,85	98,60	8.897,55
Bulgaria	6.975.761	10.399	149,07				9.879,27
Canada	37.593.384	156.222	415,56	6.173	16,42	96,05	46.326,67
Cayman Islands	64.948	403	620,50	26	40,03	93,55	91.392,64
Chile	18.952.035	224.508	1.184,61	8.472	44,70	96,23	14.741,71
Cook Islands	17.548			6	34,19		
Croatia	4.065.253	17.191	422,88	810	19,92	95,29	15.311,77
Denmark	5.814.422			211	3,63		59.775,74
Dominican Republic	107.38.957	12.950	120,59				8.282,12
El Salvador	6.453.550	19.967	309,40				4.167,73
Estonia	1.326.898			609	45,90		23.397,12
Finland	5.521.606			104	1,88		48.678,31
France	67.248.926			6.503	9,67		40.578,64
Germany	83.092.962	11.650	14,02	461	0,55	96,04	46.794,90
Guatemala	16.604.026	86.715	522,25				4.638,63
Honduras	9.746.115	7.090	72,75	421	4,32	94,06	2.556,46
Hungary	9.771.141			325	3,33		16.735,66
India	1.366.417.756	1.374.315	100,58	22.243	1,63	98,38	2.100,75
Indonesia	270.625.567			63	0,02		4.135,20
Iran	82.913.893	7.083	8,54				3.114,62
Ireland	4.934.340	39.904	808,70	613	12,42	98,46	80.886,62
Japan	126.264.931	177.664	140,71	10.408	8,24	94,14	40.777,61
Kenya	52.573.967	130.492	248,21	132	0,25	99,90	1.912,65
Kosovo	1.788.878			106	5,93		4.416,11

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Luxembourg	620.001	67	10,81	28	4,52	58,21	113.218,71
Malta	504.062	486	96,42	22	4,36	95,47	30.186,20
Mexico	127.575.529	279.984	219,47	16.892	13,24	93,97	9.950,45
Moldova	2.663.251			66	2,48		4.491,69
Montenegro	622.028	5.923	952,21	3.684	592,26	37,80	8.910,65
Nepal	28.608.715			1.013	3,54		1.194,96
New Zealand	4.979.300	122.511	2.460,41	1.683	33,80	98,63	42.755,22
Niger	23.310.719			4	0,02		554,10
Nigeria	200.963.603	822	0,41				2.229,86
North Macedonia	2.083.458	8.752	420,07	755	36,24	91,37	6.070,39
Norway	5.347.896			191	3,57		75.826,08
Pakistan	216.565.317			239	0,11		1.288,56
Paraguay	7.044.639	9.013	127,94				5.380,96
Peru	32.510.462	267.964	824,24				7.027,61
Philippines	108.116.622	23.091	21,36				3.485,34
Portugal	10.286.263			664	6,46		23.330,82
Romania	19.371.648	396.190	2.045,21				12.899,35
Serbia	6.945.235			5.275	75,95		7.417,20
Seychelles	97.625	2.627	2.690,91	7	7,17	99,73	16.213,48
Sierra Leone	7.813.207	89	1,14	41	0,52	53,93	521,75
Slovenia	2.088.385			540	25,86		25.942,95
South Africa	58.558.267	39.564	67,56	97	0,17	99,75	6.624,76
Spain	47.133.521	7.449	15,80	1.780	3,78	76,10	29.555,32
Sri Lanka	21.803.000			1.089	4,99		3.852,27
Sweden	10.278.887			624	6,07		51.939,43
Switzerland	8.575.280	916	10,68	133	1,55	85,48	85.334,52
Thailand	69.625.581			482	0,69		78.17,01
Trinidad & Tobago	1.394.969			14	1,00		16.637,16
Tunisia	11.694.721			1.107	9,47		3.574,65
Ukraine	44.386.203			3.237	7,29		3.662,56
United Kingdom	66.836.327	49.439	73,97	6.421	9,61	87,01	43.070,50
United States	328.329.953	860.934	262,22	4.169	1,27	99,52	65.279,53
Uruguay	3.461.731	1.942	56,10				17.688,02
Vanuatu	299.882	3	1,00				3.116,30

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Anexo B: Fuente de los datos

Afghanistan. Access to Information Commission (AIC).

Albania. Commissioner for the Right to Information and Protection of Personal Data.

Argentina. Agencia de Acceso a la Información Pública.

Armenia. Human Rights Defender of the Republic of Armenia.

Australia. Office of the Australian Information Commissioner.

Azerbaijan. Ombudsman.

Bangladesh. Information Commission of Bangladesh.

Belgium. Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs.

Belize. Office of the Ombudsman.

Bermuda. Information Commissioner's Office (ICO).

Bosnia Herzegovina. The Institution of the Human Rights Ombudsman.

Brazil. Controladoria Geral da União (CGU).

Bulgaria. Ombudsman of the Republic of Bulgaria.

Canada. Office of the Information Commissioner (OIC).

Cayman Islands. Ombudsman Cayman Islands

Chile. Consejo para la Transparencia (CPLT).

Cook Islands. Office of the Ombudsman.

Croatia. Information Commissioner Croatia.

Denmark. The Danish Parliamentary Ombudsman.

Dominican Republic. Dirección General de Ética e Integridad Gubernamental.

El Salvador. Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP).

Estonia. The Data Protection Inspectorate.

Finland. Parliamentary Ombudsman of Finland.

France. Commission d'accès aux documents administratifs (CADA).

Germany. Federal Commissioner for Data Protection and Freedom of Information.

Guatemala. Procurador de los Derechos Humanos.

Honduras. Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP).

Hungary. National Data Protection and Freedom of Information Authority.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

India. Central Information Commission (CIC).

Indonesia. Komisi Informasi Pusat.

Iran. Commission for Dissemination and Free Access to Information of Iran.

Ireland. Office of the Information Commissioner (OIC).

Japan. Ministry of Internal Affairs and Communications (MIC).

Kenya. The Commission on Administrative Justice (Ombudsman).

Kosovo. Ombudsperson Institution.

Luxembourg. Commission d'acces aux documents (CAD)

Malta. Information and Data Protection Commissioner (IDPC).

Mexico. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

Moldova. Ombudsman.

Montenegro. Agency for the Protection of Personal Data and Free Access to Information.

Nepal. National Information Commission (NIC).

New Zealand. Office of the Ombudsman.

Niger. Le mediateur de la Republique.

Nigeria. Attorney General of the Federation.

North Macedonia. Agency for the Protection of the Right of Free Access to Information of a Public Character.

Norway. The Parliamentary Ombudsman.

Pakistan. Pakistan Information Commission (PIC).

Paraguay. Dirección de Acceso a la Información Pública.

Peru. Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Philippines. Freedom of Information-Project Management Office (FOI-PMO)

Portugal. Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA).

Romania. General Secretariat of Government.

Serbia. Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection

Seychelles. Information Commission.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.255

Sierra Leone. Right to Access Information Commission (RAIC).

Slovenia. Informacijski Pooblaščenec (Information Commissioner).

South Africa. South Afrincan Human Rights Commission.

Spain. Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG).

Sri Lanka. Right to Information Commission (RTI Commission).

Sweden. The Swedish Parliamentary Ombudsmen.

Switzerland. Federal Data Protection and Information Commissioner (FDPIC).

Thailand. Official Information Board.

Trinidad & Tobago. Office of the Ombudsman of Trinidad & Tobago.

Tunisia. Access to Information Authority (INAI).

Ukraine. Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights.

United Kingdom. Information Commissioner's Office (ICO)

United States. Office of Government Information Services (OGIS).

Uruguay. Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP).

Vanuatu. Right to Information Unit (RTI Unit).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

El derecho de acceso a la información de interés público sobre personas privadas de libertad en Chile

Una revisión a las Decisiones del Consejo para la Transparencia y a la protección de datos personales de los privados de libertad a la luz de estándares internacionales[1]

Carmen Droguett González[2]
Universidad Andrés Bello
Chile

ORCID: 0000-0003-3762-408X

Nathalie Walker Silva[3]
Universidad Andrés Bello
Chile

ORCID: 0000-0001-5518-3578

RECIBIDO: 26 de septiembre de 2022
ACEPTADO: 11 de febrero de 2023

RESUMEN: El trabajo aborda la delimitación del derecho de acceso a la información de interés público en Chile y el cumplimiento de estándares internacionales en materia de transparencia y protección de datos de las personas privadas de libertad. Lo anterior, a partir del análisis de las Decisiones del Consejo para la Transparencia chileno, entre los años 2009 y 2021, frente a solicitudes de acceso a información vinculada a procedimientos y sanciones. Con ello, buscamos destacar las principales debilidades de la regulación chilena sobre transparencia y control de datos personales de un grupo especialmente protegido por el Derecho, advirtiendo oportunidades de mejora a la luz de estándares fijados por el derecho internacional.

[1] Este trabajo se inserta en la ejecución del proyecto de investigación Jorge Millas DI-04-20/JM, titulado "El derecho a la protección de datos personales de las personas privadas de libertad en el Derecho chileno. Delimitación del derecho de acceso a la información de interés público y del derecho a la privacidad en situaciones de conflicto".

[2] Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho. Dirección postal: Bellavista 0121, Providencia, Santiago de Chile. Dirección electrónica: carmen.droguett@unab.cl

[3] Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora investigadora, Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho. Dirección postal: Bellavista 0121, Providencia, Santiago de Chile. Dirección electrónica: nathalie.walker@unab.cl

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la información, interés público, privados de libertad, Ley N° 20.285, Consejo para la Transparencia.

CONTENIDOS: 1.- Introducción. — 2.- El acceso a la información y a la protección de datos personales como derechos fundamentales y su regulación en el derecho chileno. — 3.- Acceso a la información de personas privadas de libertad en el marco de la aplicación de la Ley 20.285. — *3.1.- Reconocimiento de los privados de libertad como grupo vulnerable.* — *3.2.- La información solicitada, interés público de su acceso y derecho conculcado ¿vida privada o protección de datos personales?* — 4.- Estándares internacionales para la protección de datos personales de las personas privadas de libertad. — 5.- Conclusiones. — Bibliografía. — Jurisprudencia. — Documentos.

The right of access to information of public interest on persons deprived of liberty in Chile

A review of the Decisions of the Council for Transparency and the protection of personal data of persons deprived of liberty in the light of international standards

ABSTRACT: This paper addresses the delimitation of the right of access to information of public interest in Chile and compliance with international standards, in terms of transparency and data protection of individuals deprived of liberty. The foregoing, based on the analysis of the Decisions of the Chilean Council for Transparency, between 2009 and 2021, in the face of requests for access to information related to procedures and sanctions. With this, we seek to highlight the main weaknesses of the Chilean regulation on transparency and control of personal data of a group especially protected by law, noting opportunities for improvement considering standards established by international law.

KEYWORDS: Freedom of Information, public interest, prisoners, Law No. 20,285, Council for Transparency.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

1.- Introducción

La libertad de expresión es un derecho fundamental que, de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), comprende tanto la libertad de opinión como la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin injerencias de autoridades y sin consideración de fronteras[4]. Seguidamente, al interior del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y en opinión de la Corte Interamericana (Corte IDH) como órgano de supervisión, la libertad de expresión es el derecho que permite el correcto funcionamiento de la democracia y una piedra angular para su existencia—sobre todo, en asuntos de interés público—, ya que es esencial para la existencia de una opinión pública libre[5]. Las principales garantías de la fase deliberativa del proceso democrático no están asociadas al derecho al sufragio activo y pasivo o con el derecho de asociación —como derechos políticos por excelencia—, sino que lo están con la libertad de expresión como facultad instrumental para el ejercicio de otros derechos. Es el reconocimiento de libertad de expresión y de su ejercicio lo que facilita que los ciudadanos comprendan asuntos de interés público, lo que permite que se desarrolle el principio de la rendición de cuentas y que alimenta las campañas partidistas. Asimismo, es en la esfera pública donde se sitúa el centro del proceso democrático, convirtiéndose la libertad de expresión en la principal garantía de que posiciones que hoy son minoritarias puedan llegar a ser mayoría (Carbonell, 2014:81 y 82). De esta forma, son los valores que subyacen al ejercicio del derecho, los que otorgan a éste una posición preferente para el progreso y desarrollo de las personas[6]. Uno de dichos valores es, precisamente, la participación ciudadana,

[4] El artículo 13.1 de la CADH, declara que «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.» Por su parte, el artículo 10.1 del CEDH, reconoce que «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

[5] En este sentido, al interior del Sistema Interamericano de derechos humanos *véase* Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 69 y 70; y sus sentencias en los casos *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, párr. 68 y 69; *Ivcher Bronstein v. Perú*, párr, 151 y 152; *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, párr. 112 y 113; *Ricardo Canese v. Paraguay,* párr. 82 y 86; *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 85; *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 140; *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*, párr. 154; *Grijalva Bueno Vs. Ecuador*, párr. 152. Al interior del Sistema Europeo de derechos humanos, *véase* TEDH sentencias en los casos *Handyside c. Reino Unido,* párr. 49; *Castells c. España*, párr. 42; *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía,* párr. 43.

[6] Corte IDH, sentencias en los casos *Claude Reyes y otros v. Chile*, párr. 76; *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*, párr.196; *y I.V. v. Bolivia.* párr. 156.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

puesto que el derecho fundamental a la libertad de expresión es su *conditio sine qua non* al interior de una democracia (Sánchez González, 1996: p. 91; Fiss, 1996: p. 3; Urías, 2014, p. 57; y Montilla Martos, 2019: p. 230). Consecuencialmente, toda sociedad quiere y necesita información (López Redondo, 2012: 9)[7]. Y dicho requerimiento de información se explicita hoy, más que antes, gracias a herramientas tales como las redes sociales e internet. Si consideramos que el derecho de acceso a internet se encuentra teóricamente protegido por las garantías constitucionales en materia de libertad de expresión e información, ampliamos, con ello, las herramientas esenciales para mejorar el acceso a información general y la participación de las personas en debates relativos a asuntos de interés público[8].

Las manifestaciones normativas de la libertad de expresión en instrumentos internacionales[9], denotan que este derecho comprende, junto con la libertad individual de expresar opiniones, el derecho positivo de acceso a la información. Ambas dimensiones, deben ser garantizadas simultáneamente por el Estado, por lo que su deber comprende la abstención de injerencias en el ejercicio y, también, la adopción de medidas positivas de protección, incluso, tratándose de relaciones horizontales. Sin embargo, como la mayoría de los derechos fundamentales, la libertad de expresión y, con ello, el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto. Por tanto, su ejercicio no faculta al titular para cualquier manifestación, ya que se somete a cláusulas limitativas que deben, a la vez, cumplir determinadas exigencias. En el Sistema Interamericano, es el artículo 13.2. de la CADH la norma que establece como requisitos para admitir restricciones al derecho: el respeto de condiciones de forma que conciernen a los medios a través de los cuales se manifiestan las limitaciones y el respeto a condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con dichas restricciones, pretenden alcanzarse. De acuerdo con ella, son requisitos concurrentes de la limitación: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la CADH y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual, la medida debe cumplir con las exigencias de idoneidad,

[7] Si bien el interés por la información no es reciente, pues Suecia conserva la Ley de Transparencia más antigua de 1766, en la actualidad y desde una perspectiva jurídica, su estudio es fundamental. Consecuencialmente, la inmediatez y extensión que se ha dado al derecho de acceso a la información por las personas —incluso de aquella que es considerada personal o sensible—, hace necesario un estudio singular del tema, a fin de desentramar y aplicar contenidos jurídicos. Ello, ya que tal como sostiene SCHULDSON, ¿qué podría significar hoy un completo acceso a la información? (SCHUDSON, 2015:2).

[8] Sobre libertad de expresión y su ejercicio mediante Internet y redes sociales, *véase* TEDH, sentencias en los casos *Ahmet Yildirim c. Turquía*, *Animal Defenders International c. Reino Unido* y *Delfi As c. Estonia*.

[9] En el marco internacional, nos referimos al artículo 19 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). En el marco interamericano, citamos el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana (2001).

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

necesidad y proporcionalidad). En el caso de los objetivos perseguidos o fines, uno de ellos es, precisamente, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Con ello, información y vida privada son derechos que inevitablemente estarán en conflicto, por cuanto, tanto la CADH como el CEDH protegen expresiones, ideas o información "de toda índole", sean o no favorables, sean o no veraces y sean o no de interés público[10]. Es esto lo que justifica el evidente el interés que existe hoy en la cultura jurídica —americana y europea—, por precisar los límites entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la vida privada, sobre todo, respecto a la protección de datos personales, al uso de restricciones legítimas al ejercicio del derecho de acceso a la información, y a su acceso cuando la información solicitada es información de interés público[11].

Aun cuando el «interés público de la información» es una expresión frecuentemente utilizada por la jurisprudencia administrativa nacional y comparada al momento de interpretar y aplicar las causales de reserva y secreto de la información, en Chile, ella no tiene reconocimiento explícito en Ley N.º 20.285, sobre acceso a la información pública del año 2008—en adelante LSAIP—[12]. Consecuencialmente, la expresión ha sido objeto de estudio por la doctrina y jurisprudencia nacional, quienes realizan un reconocimiento implícito de ella a partir de lo dispuesto en el artículo 21 de la LSAIP (Droguett, 2019: 124). Por ello, no debe llamar nuestra atención la casuística con que desde el año 2008, órganos de la Administración y Consejo para la Transparencia resuelven en torno a solicitudes de acceso a información. Revisadas las Decisiones del Consejo para la Transparencia entre los años 2009 y 2021, un punto controversial para la aplicación de la expresión «interés público de la información», se da en casos donde la información requerida es información vinculada a personas que presentan una especial situación de protección frente estímulos o injerencias externas. Tal es el caso de los sujetos privados de libertad, quienes merecen especial protección del Estado por su especial situación de vulnerabilidad o alto riesgo de vulneración de

[10] A juicio de las Cortes supranacionales existen, incluso, discursos que gozan de especial protección. Tal es el caso, de discursos que se desarrollan en el marco del debate político, supuestos en los que las excepciones a la libertad de expresión requieren una estricta interpretación. En este sentido *véase* TEDH sentencia en los casos *Lingens c. Austria*, párr. 42 y *Otegui Mondragón c. España*, párr. 50.

[11] En América Latina y el Caribe, ejemplo de ello son: en Argentina, la Ley No. 27.275 de 2016, sobre Derecho de Acceso a la Información Pública del año 2016; en Brasil, la Ley N° 12.527 de 2011,, que regula el acceso a la información previsto en la Constitución Federal y otras normativas; en Ecuador, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a La Información Pública No. 24 del 2004; en México, la Ley General de Transparencia y acceso a la información pública de 2015; en Panamá, la Ley N° 6, sobre Acceso a la Información Pública; en Paraguay, la Ley N°. 5.282, sobre libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental de 2014; en Perú, la Ley N°. 27.806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2002; y en Uruguay, la Ley N° 18.381, sobre Derecho de Acceso a la Información Pública.

[12] Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. Del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Publicada en el Diario Oficial el 11 de agosto de 2008.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

otros derechos[13]. Así, el problema se traduce en ponderar, caso a caso y conforme a Derecho, la procedencia y aplicación de las causales de secreto o reserva de información previstas en el artículo 21 N°s 2 y 5 de la LSAIP, tratándose de solicitudes de acceso a información de interés público que, en principio, estaría amparada por el derecho fundamental al respeto y protección de la vida privada; en especial, de los datos personales del sujeto —pensemos por ejemplo, en el nombre, edad, condición de salud, antecedentes académicos u otro similar. Lo anterior, pues, tal como señala la doctrina, ya hemos superado el paradigma de que los privados de libertad no tienen derechos (Castro, Cillero y Mera, 2010: 29).[14] Asimismo, tal como fue establecido en 2010 por los relatores de libertad de expresión de Naciones Unidas, CIDH, Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), son desafíos claves que subsisten en materia de acceso a la información la existencia de leyes deficientes vigentes en numerosos Estados, el enorme desafío que supone la implementación práctica del derecho, y la aplicación de leyes de reserva a periodistas u otras personas que no son funcionarios públicos, por ejemplo, para responsabilizarlos por publicar o diseminar información reservada que les ha sido entregada.

Este trabajo, metodológicamente jurisprudencial y analítico, se centra en el estudio de las Decisiones del Consejo para la Transparencia chileno dictadas entre los años 2009 y 2021. La jurisprudencia seleccionada es la más representativa del tipo de temas donde se ha apelado al uso de la expresión «interés público de la información» para justificar el acceso. En una primera parte, se fija el contenido y alcance de los derechos de acceso a la información y a la protección de datos personales en Chile. La segunda parte, y central del estudio, examina las Decisiones del Consejo para la Transparencia, efectuando una reconstrucción dogmática de los criterios jurisprudenciales con que el órgano ha resuelto los casos de amparo por acceso a la información y que han significado precisar los límites entre el derecho de acceso y protección de datos personales de las personas privadas de libertad. Finalmente, se revisa la jurisprudencia en el marco del Sistema Interamericano para la protección de derechos humanos, con la finalidad de destacar aquellos estándares de interpretación que el Estado debe advertir —mediante sus órganos—

[13] Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides v. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. Párr. 69.

[14] Conforme a la Declaración de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas —adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad el año 2008— «Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad».

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

al momento de interpretar y aplicar las causales de reserva y secreto de la información, previstas en la Ley N.º 20.285.

2.- El acceso a la información y a la protección de datos personales como derechos fundamentales y su regulación en el derecho chileno

Cuando hablamos de conflictos entre el acceso a la información de interés público y la protección de datos personales en Chile, discutimos sobre la delimitación de dos derechos fundamentales[15]. Tal naturaleza, —fundada en nuestra opinión en la dignidad humana— ha hecho que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no sea ajeno su regulación. En el caso del derecho de acceso a la información —entendemos—, se trata de la delimitación de la prerrogativa fundamental que permite a toda persona —en abstracto y sin distinción ni exigencia de requisitos descomunales— conocer cualquier tipo de información generada por el Estado —en especial, por su Administración— y, con ello, obliga al destinatario del derecho a su entrega, salvo que esta se encuentre protegida por un supuesto legal de excepción. Por su parte, en el caso de la protección de datos personales, nos referimos a la configuración de la facultad que autoriza a toda persona para controlar su propia información frente a su tratamiento en un soporte, sea éste automatizado o no. El ámbito de protección del derecho fundamental a la protección de datos personales se concreta, entonces, en el derecho del titular para controlar la información referente a él —y no en su facultad de exclusión— (Ravetllat, 2018: 114). Con base en lo anterior, y en una primera aproximación para efectos de este trabajo, el derecho a la protección de datos personales permitiría a su titular preservar el control sobre sus datos personales, en especial, frente a una eventual contaminación de libertades, con ocasión del desarrollo tecnológico[16].

Dentro del Sistema Interamericano, la CADH –como principal instrumento de protección de derechos humanos– reconoce ambos derechos. El artículo 13 de la

[15] Para tal efecto, entendemos los derechos fundamentales como «aquellas libertades, igualdades e inviolabilidades derivados de la dignidad humana, poseídas por toda persona sin distinción y que favorecen su desarrollo, los cuales son asumidos explícita o implícitamente por el ordenamiento interno o internacional, como exigencias de la persona frente al Estado o a los particulares» (DROGUETT GONZÁLEZ, 2020:29). Tal como sostiene José Luis Cea Egaña, son aquellos «derechos, libertades, igualdades e inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos» (CEA EGAÑA, 2012:221).

[16] Sobre derechos humanos y su relación con el mundo digital, *véase* Cova Fernández, E., 2022: «Derechos Humanos y Derechos digitales en la Sociedad de la Información», en Revista Derechos Humanos y Educación, n.º 6: 61-80.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

Convención examina el derecho de acceso a la información como una de las libertades interrelacionadas que compone la libertad de expresión (Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2007:9)[17]. Por su parte, al interior de igual sistema de protección, el artículo 11, reconoce el derecho que tiene toda persona a la privacidad y a la protección de sus datos personales[18]. Como parte del Sistema Interamericano, en la década de los 90 y por medio del Decreto N° 873, Chile depositó el instrumento de ratificación de la Convención, instancia en que, asimismo, reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH y aceptó que, en lo sucesivo, la Comisión u otros Estados pudieran presentar casos en su contra ante este Tribunal. Por medio de la ratificación, Chile se comprometió al cumplimiento de las obligaciones de respeto de los derechos y libertades reconocidos en el instrumento y de garantía de su libre y pleno ejercicio por toda persona sujeta a su jurisdicción.

Ahora bien, el carácter de fundamental de estos derechos, no los exime de estar sujetos a limitaciones —explícitas o no—. Dicha labor, supone siempre un desafío, pues los límites deben ser correctamente definidos para la adecuada comprensión de los derechos, no pudiendo infringirse ciertos términos, tales como, el contenido esencial del derecho o el principio de razonabilidad. Teniendo en cuenta lo difícil que es, caso a caso, precisar los límites entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos, la Corte IDH junto con reconocer en el artículo 13 de la Convención el derecho de acceso a la información pública y manifestar su importancia para la democracia y formación de la opinión pública[19], ha destacado el riesgo que, actualmente, ello supone para la protección de datos y privacidad. Es así como el año 2013, el informe del Comité Jurídico Interamericano consignó que —a juicio del relator a cargo—, «el campo de la privacidad personal y de la protección de datos sigue caracterizándose por rápidos adelantos tecnológicos, así como una evolución constante de las amenazas a la privacidad personal. Asimismo, las respuestas a estos sucesos y amenazas han sido diferentes en distintas regiones del mundo. En las Américas no parece haber surgido un enfoque "regional" coherente» (Comité Jurídico Interamericano, 2013:2). A ello, cabe agregar que, al interior del Sistema Interamericano —y a diferencia del marco de la Unión Europea—, el desarrollo jurisprudencial ha sido más extenso respecto del derecho a la vida privada

[17] El artículo 13.1 de la CADH, declara que «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

[18] El artículo 11 de la CADH declara que «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.»

[19] En este sentido, véase las sentencias de la Corte IDH en los casos *Claude y otros vs. Chile* y *Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

que sobre el derecho a la protección de datos personales (ejemplo de ello son las sentencias de la Corte IDH en los casos *Masacres de Ituango v. Colombia*, *Escué Zapata v. Colombia*, *Fernández Ortega v. México* y *Atala Riffo y Niñas v. Chile*). Lo anterior, sin perjuicio del acercamiento al tema por la Corte IDH a la protección de datos personales, desde la perspectiva de la vida privada y del acceso a la información[20], por cuanto dicho derecho no está expresamente reconocido ni resguardado en los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes del sistema interamericano de protección. La misma preocupación por la delimitación del derecho de acceso a la información pública y del derecho a la protección de datos personales, se constata por parte del Tribunal Europeo en casos de países miembros del Consejo de Europa que han ratificado el CEDH.[21] Así, en el ordenamiento comunitario existe una consagración explícita de derechos y libertades esenciales a partir de la entrada en vigor del Convenio Europeo, texto básico en materia de derechos fundamentales en Europa; sin embargo, tratándose del derecho de acceso a la información su reconocimiento es implícito a partir del artículo 10 del instrumento[22]. En el marco del Sistema Europeo para la protección de derechos

[20] Ejemplo de ello es la ampliación del contenido del derecho a la vida privada que se consigna en las sentencias de la Corte IDH, en su sentencia en los casos *Atala Riffo y niñas v. Chile* de 2012, *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) v. Costa Rica* de 2012, *Rosendo Cantú y otra v. México* de 2010 y el *Masacres de Ituango v. Colombia* de 2006.

[21] Aun cuando el surgimiento de la denominada Unión Europea y del Consejo de Europa es casi coetáneo, la pretensión de reconocimiento y de garantía de los derechos es más valorada en el Consejo de Europa, el cual, desde su surgimiento en 1949 por medio del tratado de Londres, ha ampliado significativamente el número de países integrantes y de normas relativas a los derechos y libertades fundamentales, tales como: la Carta Social Europea de 1961 y sus Protocolos, la Carta Europea de las Lenguas Minoritarias o Regionales de 1992, el Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales de 1995, la Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 y la Carta del Consejo de Europa sobre la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos de 2010.

[22] Ello, pues la libertad de información —y con ello su contenido— puede asumir tanto una actitud activa—mediante el derecho a comunicar libremente información veraz y que comprende las facultades de investigar, preparar y difundir la información— o bien, una actitud pasiva —a través del derecho a recibir libremente dicha información— (Guichot, 2011:8). Tal protección del receptor, es garantía del pluralismo y de la participación en el proceso democrático, pues es «un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades» (en este sentido, *véase la* Sentencia del Tribunal Constitucional chileno 567/10, cc. 31 y 32. La misma idea se encuentra en las sentencias del TEDH pronunciadas en los casos *Sunday Times c. Reino Unido* (1979) —párr. 65—; *Lingens c. Austria* (1986) —párrs. 41 y 42—; *Castells c. España* (1992) —párr. 43—; *Fuentes Bobo c. España* (2000) —párr. 43—; *Otegui Mondragón c. España* (2011) —párr. 48—; *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* (2016) —párr. 161—; y Stern Taulats y *Roura Capellera c. España* (2018) —párr. 30. En el derecho interno de los países de Europa, la verdadera eclosión del derecho de acceso a la información pública tuvo lugar en la primera década del siglo XXI, donde, de entrada, casi todos los países europeos comprendidas las nuevas democracias de Europa central y oriental, aprobaron sus propias leyes de acceso a

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

humanos, el Convenio reconoce también el derecho a la vida privada en su artículo 8º[23]. Lo anterior, se complementa producto de la considerable jurisprudencia creada en torno al derecho, y a su relación con el derecho a la protección de datos —que tiene como sustento la norma, pues la protección de datos se encuadra en la consagración de los derechos a la intimidad y a la vida privada—[24]. Esto, pues, si bien el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales están estrechamente relacionados, son derechos distintos en su formulación y alcance (Contreras, 2020: 101). La similitud se encuentra en que ambos protegen valores similares —como la autonomía y dignidad de sus titulares—; la diferencia, radica en que el primero consiste en una prohibición de la injerencia para los destinatarios del derecho fundamental, mientras que el segundo comprende la facultad del titular para controlar el uso por terceros de información sobre sí misma[25]. Finalmente, como avance, no podemos dejar de mencionar el importante paso para la garantía del derecho a la protección de datos personales, con ocasión de la entrada en vigor del denominado Reglamento General de Protección de Datos 679/2016[26].

---

la información pública y otros países las renovaron para hacerlas más efectivas (Fernández Ramos, 2018:221); un ejemplo del segundo caso es, precisamente, España, por medio de su Ley de Transparencia y Buen Gobierno de 2013.

[23] El artículo 8 del CEDH declara que «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

[24] En este sentido se pronuncian las sentencias del TEDH en los casos *Amman c. Suiza* (2000) —párr. 65—; *Gaskin c. Reino Unido* (1989) —párr. 49—; *Rotaru c. Romania* (2000) —párrs. 43—; *Leander c. Suecia* (1987) —párr. 48—; *S. and Marper c. Reino Unido* (2008) —párr. 66 y 67—; *Biriuk c. Lituania* (2008) —párr. 39—; *Khelili c. Suiza* (2011) —párr. 56—; *Vukota-Bojić c. Suiza* (2016) —párr. 59—; y *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia c. Finlandia* (2017) —párrs. 137 y 138—; y *Catt c. Reino Unido* (2019) —párr. 93—.

[25] Fue el Tribunal Constitucional Alemán quien primero brindó reconocimiento jurisprudencial al derecho a la protección de datos personales, como un derecho distinto vinculado a la autodeterminación informativa —que deriva del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad—. En su sentencia, de 15 de diciembre, el tribunal anuló tres preceptos referidos a la Ley sobre Censo de Población aprobada por el Bundestag en 1982, luego de considerar que el censo y el número de preguntas que él contenía implicaba una lesión a la libertad persona.

[26] El cual —de acuerdo a su considerando decimotercero—, tiene por objeto por parte de la Unión Europea «[…]garantizar un nivel coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior», así como proporcionar «seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, y ofrezca a las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles y de responsabilidades para los responsables y encargados del tratamiento, con el fin de garantizar una supervisión coherente del tratamiento de datos

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

En Chile, el derecho de acceso a la información es un derecho constitucional con reconocimiento implícito en el artículo 19 N.º 12 de la Constitución Política de 1980, el cual, asegura a todas las personas «la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio» (Tribunal Constitucional chileno STCch 634/2006, c. 9).[27] La configuración del derecho se efectúa por medio de la Ley N.º 20.285, sobre acceso a la información pública —en adelante LSAIP—, que fue complementada con el Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 13/2009, dictado en el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República[28]. El objeto del derecho a la libertad de expresión son los pensamientos, ideas, juicios de valor y opiniones; mientras que, el de la libertad de información es la comunicación y recepción de hechos veraces que puedan considerarse noticiosos o de interés público (Tribunal Constitucional chileno STCch 1463/10, c. 16 y 17 y sentencia del Tribunal Constitucional español 6/1988, Fj. 5); y la protección constitucional chilena alcanza a ambas libertades y a su forma de expresarlas, pues la historia legislativa demuestra que, durante la discusión sobre la elaboración del artículo, se tuvo a la vista la Declaración Universal de Derechos Humanos, que distingue los derechos (Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Tomo VII, Sesión 227a, p. 425).[29] El reconocimiento y protección en Chile del derecho a manifestarse en sus diversas facetas, es fundamental, ya que éste no solo protege un interés individual, sino que conlleva a la protección de una institución política fundamental, como es la opinión pública libre (Tribunal Constitucional chileno STCch 567/10, cc. 31 y 32 y sentencia del Tribunal Constitucional Español 104/1986, Fj. 5). Consecuencialmente, lo mismo sucede con

personales y sanciones equivalentes en todos los Estados miembros, así como la cooperación efectiva entre las autoridades de control de los diferentes Estados miembros» (REGLAMENTO (UE) 2016/679, 2016).

[27] El reconocimiento constitucional del derecho en el artículo 19 N.º 12, es compartido también, por la doctrina nacional (Nogueira Alcalá, 2003; García y Contreras, 2009; y Harasic Yaksic, 2010). Lo anterior, aun cuando han existido intentos por reconocerlo explícitamente, tales como: la propuesta de reforma a la Constitución correspondiente al Boletín 11617-07 ingresado el 06 de marzo de 2018 y la Propuesta Constitucional que fue rechazada el 04 de septiembre de 2022.

[28] En este punto, es importante destacar que, aun cuando la Ley fue publicada el año 2008, ésta ha sido modificada y/o complementada los años 2016 y 2020, mediante: la Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, la Resolución 7 que ejecuta acuerdo del consejo directivo sobre política de participación del consejo para la transparencia, y la Ley N° 21.210 que moderniza la legislación tributaria. Asimismo, a la fecha de presentación de este trabajo, en la Cámara de Diputados existen en tramitación proyectos de ley que comprenden modificación a sus disposiciones, a saber, los correspondientes a los Boletines 12665-07, 12100-07, 11790-25, 11697-07, 11081-31, 10003-07, 9981-07, 9629-19, 7006-07, 6705-07, 6578-07 y 6120-07.

[29] El catálogo de derechos fundamentales que establece el artículo 19 de nuestra Constitución no es cerrado ni estático, pues la norma no posee un carácter de enunciado exclusivo y excluyente; no señala que ellos son los únicos asegurados, lo que hace posible que existan otros derechos fuera de los expresamente indicados (Cea, 2012:52). La ampliación de los derechos fundamentales se puede realizar mediante distintas técnicas, una de las cuales es la ampliación por vía interpretativa en la jurisprudencia (Álvarez Conde, 1992:249).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

el derecho de acceso a la información pública, el que es primordial para la comunicación, permitiendo la formación de tal opinión pública, base de la democracia (Zegarra Valdivia, 2010; Cid Botteselle, Marileo Millán y Moya Díaz, 2012; Sánchez de Diego, 2014; Anguita, 2015; Cotino, 2017; Serrano Martínez y Beltrán, 2017).

Tal como indicamos antes, el año 2008 la regulación del derecho de acceso a la información en Chile se efectuó por medio de la LSAIP. Ello, pues, producto del artículo 8° de la Constitución[30], las limitaciones al derecho deben ser desarrolladas por una ley de quórum calificado, texto legal que correspondió a la referida Ley. La LSAIP estableció un nuevo procedimiento de acceso a la información —particularmente de aquella en poder de la Administración—, reconociendo a la información pública como objeto del derecho de acceso a la información, la cual, a la vez, precisa en sus artículos 5° y 10.[31] La misma ley limitó el derecho de acceso a la información mediante la consignación expresa de causales de reserva y secreto en su artículo 21, en cuya virtud se puede denegar total o parcialmente su acceso. De ellos —para efectos de este trabajo— nos importan los numerales 2 y 5 de la disposición. El numeral 2, pues establece como causal «2. Cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derecho de carácter comercial o económico». El numeral 5, ya que considera como excepción al derecho de acceso «5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones

[30] Producto de la dictación de la Ley N.º 20.050 — de reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, publicada en el Diario Oficial el 16 de agosto de 2005—, el artículo 8º de la Constitución Política vigente señala en su inciso primero que «[e]l ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones». El inciso segundo agrega que «[s]on públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional». En el caso del derecho de acceso a la información, su reconocimiento se configura gracias a la interpretación de que tribunales —nacionales y supranacionales— han hecho del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, complementando el contenido del numeral 12 del artículo 19, con lo dispuesto por los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana, normas que reconocen las facultades de investigar y recibir información como parte de la libertad de expresión en sentido amplio. (Corte IDH, caso Claude y otros Vs. Chile, párr. 77. En el mismo sentido, Desantes Guanter, 1987; Laporta, 2002, Sánchez de Diego Fernández de la Riva, 2007; Moretón Toquero, 2014 y Abad Alcalá, 2015).

[31] De acuerdo con el artículo 5° de la LSAIP son públicos «los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial», así como «los procedimientos que se utilicen para su dictación» y «la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración». Por su parte, el artículo 10 de la LSAIP amplía el objeto de regulación, pues establece el derecho de acceso sobre informaciones «contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público». En consecuencia, en Chile, para el legislador, existen dos criterios definidos para establecer qué información es pública: su elaboración con presupuesto público y que obre en poder de los órganos de la Administración, en este caso, sin importar su procedencia, pues la ley no distingue.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo con las causales señaladas en el artículo 8 de la Constitución». Tal es el caso, precisamente, de la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada que data del año 1999.

Por su parte, en Chile, el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental garantizado constitucionalmente en el artículo 19 N° 4, producto de la reforma a la Constitución efectuada por medio de la Ley N.º 21.096 del año 2018.[32] Tal como destaca Contreras (2020), previo a la reforma y con ello a su reconocimiento explícito como derecho fundamental, el derecho a la protección de datos personales se había entendido, por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, «como parte del contenido iusfundamentalmente protegido del derecho al respeto y protección de la vida privada, establecido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución» (p. 89). Hoy, la norma en cuestión asegura a todas las personas, la protección de sus datos personales y dispone que el tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley. Con ello, aun cuando por medio de la citada modificación se constitucionalizó el derecho a la protección de datos, la ley a la que el artículo constitucional se refiere es la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal[33]. Con ello, también, es posible sostener que el Chile, en la actualidad, el derecho a la protección de los datos personales tiene un reconocimiento normativo que lo distingue del derecho a la vida privada. Sin embargo —como veremos— la protección constitucional no es suficiente. Esto es un hecho común en los sistemas legales latinoamericanos que han reconocido el derecho, por cuanto «las previsiones constitucionales son muy generales, dejando así mucho margen para la interpretación judicial, por lo que al ser aplicados a casos concretos pueden generarse decisiones ambiguas o equivocadas, generando así falta de certeza legal» (ADC, 2016: p. 13). Como problema adicional, tal como destaca María Mercedes Albornoz (2022), el flujo de datos personales es potenciado por internet, que permite que las comunicaciones virtuales de datos referidos a un individuo identificado o identificable no se detengan en las fronteras estatales, no existiendo aún un instrumento vinculante de alcance universal, suscripto por todos

[32] Revisada la Historia de Ley correspondiente al Boletín N° 9.384-07 —iniciada en su tramitación como moción parlamentaria de un grupo de senadores—, la iniciativa tuvo como fundamento la larga data de las regulaciones en materia de protección de datos, tales como: las Recomendaciones de la OCDE de 1980, la Convención N°108 de 1981 del Consejo de Europa, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa a la "protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos", Asimismo, el criterio del Tribunal Constitucional, que reconoce a la protección de datos la calidad de derecho fundamental en los roles acumulados N°1732-10 y 1800-10 de fecha 21 de junio de 2011, y el reconocimiento explícito del derecho por parte de otra Constituciones como la de Colombia, Ecuador, México, Brasil y Paraguay.

[33] Mención aparte merece también la Ley N°19.423 publicada en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 1995, que modificó el Código Penal sobre los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y la familia. Asimismo, la Ley N° 20.575, publicada en Diario Oficial el 17 de febrero d 2012, que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

o la mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional ni un órgano con jurisdiccional internacional en la materia (p. 139). De esta forma, en Chile aun cuando la Ley N.º 21.096 del año 2018 constituyó un avance en el momento en que fue dictada, hoy en día, producto de las nuevas herramientas tecnológicas y frecuencia de uso, como de la regulación del derecho de acceso a la información que data del 2008, los criterios y orientaciones de la Ley de 1999, que son aplicados actualmente para la resolución de conflictos de derechos que surgen en el marco de requerimientos de información, son anticuados y exiguos para efectos de resolver conflictos de derechos[34]. La reserva legal de la protección de datos personales importa, por cuanto la fórmula empleada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución mandata al legislador para fijar tanto la forma como condiciones del tratamiento y protección de dichos datos.

En 1890 se formuló, por primera vez en términos jurídicos, una nueva exigencia de libertad personal, el *right to privacy* (Warren y Brandeis, 1890). Cuando se propuso tal derecho, la información estaba contenida, en su mayoría, en periódicos. Sin embargo, hoy está irremediablemente asociada a las nuevas tecnologías. Con ello, surge la preocupación por la ausencia del conocimiento que las personas –en general– tienen sobre la regulación de la protección de los datos de carácter personal. Así, el 2020, el Estudio Nacional de Transparencia y Protección de Datos Personales del Consejo para la Transparencia —órgano a cargo de la fiscalización de las leyes de Transparencia y de Protección de Datos Personales— evidenció, como percepción de la ciudadanía, que el acceso a la información es algo necesario y un derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos, pero que, a la vez, es poco efectivo para quienes efectúan solicitudes a entidades pública. En el mismo informe, el Consejo constató también la preocupación de la ciudadanía por una serie de instancias en que su información personal podría estar al descubierto (Consejo para la Transparencia, 2020:3).

Si consideramos que gran parte de la información que obra en poder de los órganos públicos está constituida por datos personales, los que, en un alto número de casos, se han entregado voluntariamente a dichos órganos, directamente, o bien por medio del uso de redes sociales, las implicancias que se siguen de la regulación chilena pueden ser graves. El problema es mayor, si se tiene presente que, al momento de resolver sobre reclamaciones en el marco de aplicación de la LSAIP y la protección de datos, el Consejo para la Transparencia chileno, si bien concibe a ambos como derechos fundamentales, resuelve en base al «interés público de la información». En otras palabras, resuelve aplicando un estándar de ponderación que carece de reconocimiento normativo explícito en Chile y sin contar con criterios claros para esa

[34] Lo señalado se evidencia en la presentación de más de sesenta iniciativas legales referidas a la vida privada y su protección —entre ellas, la tramitación del proyecto de ley que busca modificar la regulación del tratamiento de datos personales en Chile contenido en los Boletines Nº 11.092-07 y Nº 11.144-07—.

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

labor. Por su parte, el problema se profundiza si se tiene en mente que una de las brechas relevantes en materia de acceso a la información entre la normativa internacional de derechos humanos y la nacional es la protección de datos personales de grupos vulnerables, como es el caso de los privados de libertad. Sobre todo, si tenemos presente la tensión constante que existe entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, que considera la privación de libertad como una etapa particularmente sensible donde el Estado debe estar alerta y podría, incluso, generar responsabilidad del Estado, atendida la protección específica que proveen distintos instrumentos internacionales.

3.- Acceso a la información de personas privadas de libertad en el marco de la aplicación de la Ley 20.285

Esta sección tiene por objeto la reconstrucción dogmática de los criterios jurisprudenciales utilizados por el Consejo para la Transparencia chileno –entre los años 2009 y 2021– en sus Decisiones en que resolvió los amparos que fueron presentados en aplicación del artículo 21 N° 2 y 5 de la LSAIP[35]. Lo anterior, estimamos, nos permitirá precisar los límites que, según lo que el Consejo ha resuelto, tiene el derecho a la protección de datos personales de las personas privadas de libertad. Para ello, hemos sistematizado la información, distinguiendo tres de los asuntos tratados en las Decisiones del órgano que nos parecen relevantes. Primero, la consideración de las personas privadas de libertad como sujetos vulnerables. En segundo lugar, la referencia en casos similares a derechos que, si bien están estrechamente relacionados son distintos a la protección de datos personales en cuanto a formulación y alcance. Finalmente, los estándares internacionales que consideramos relevantes de destacar, tanto en materia de protección de datos personales como de protección de las personas privadas de libertad. Lo anterior, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y con el objeto de contribuir con ello al desarrollo de argumentos de carácter no solo normativo frente a solicitudes de acceso a la información.

3.1.- Reconocimiento de los privados de libertad como grupo vulnerable

La vulnerabilidad no es un concepto unívoco, ya que existen distintas clases de vulnerabilidad[36]. La Constitución chilena vigente no define el término; tampoco lo

[35] El artículo 24 de la LSAIP dispone, en su inciso primero, que «[v]encido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información».

[36] Lo anterior, aun cuando leyes especiales acotan el término para ámbitos específicos. Tal es el caso del artículo 2 número 3 de la Ley Nº 20.530 del año 2011, que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, define para efectos de dicha ley como persona o grupo

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

menciona en su articulado. No obstante, la vulnerabilidad es un concepto jurídico que debe ser precisado para justificar la existencia de una titularidad específica de derechos (Peredo, 2022:118). En este contexto, cuando nos referimos a ella, normalmente entendemos que aludimos a una relación entre la posibilidad de recibir daño o riesgo y el daño efectivamente causado (Luan, 2021:43). En consecuencia, la vulnerabilidad puede provenir de una condición del sujeto, o bien de una situación especial. Ejemplo del primer caso es la orientación sexual, el género o una discapacidad del sujeto; ejemplos del segundo caso son su estado migratorio, su condición económica, o estar o no privado de su libertad personal. De esta forma, aun cuando es posible sostener que –en principio– todo ser humano es vulnerable, en la práctica, es posible distinguir dos supuestos, a saber: aquellos que se encuentran temporalmente en un estado de vulnerabilidad y aquellos que pertenecen a colectivos cuya vulnerabilidad es constante, toda vez que la causa de la vulnerabilidad es inalterable (Luan, 2021:43).

Lo anterior es importante para el Derecho, por cuanto esta posibilidad de recibir daño o riesgo ocasiona un desequilibrio en el goce efectivo de ciertos derechos por los sujetos o grupos en desventaja. Asimismo, produce que, en cumplimiento del principio de igualdad, el Estado –como principal garante de derechos fundamentales—deba *ex ante,* junto con identificar los sujetos o grupos, hacer excepción a la igualdad en el ejercicio de derechos, generando medidas tendientes a equiparar su situación. Es en dicho supuesto que nosotros situamos a los sujetos privados de libertad. Ello, fundado en el hecho de que la etapa de ejecución de las sanciones penales «es un momento sensible donde las posibilidades de abuso por parte de las y los funcionarios penitenciarios son elevadas» (INDH, 2012:20). Actualmente, está superado el paradigma de los privados de libertad como sujetos sin derechos bajo una relación de sujeción especial (INDH, 2012:19). Sin embargo, en la práctica, las condiciones del encierro hacen que el colectivo de los privados de libertad sea en mayor o menor medida vulnerado, dependiendo de las condiciones materiales del encierro. El problema es que, en principio, la privación de libertad no conlleva la afectación de otros derechos. Asimismo, distintos instrumentos internacionales otorgan a este este colectivo una protección especial, siendo deber del Estado cumplir dichos estándares.

Revisadas las Decisiones del Consejo para la Transparencia entre el año 2009 y 2021, son dos casos (C4086 de 2019 y C3050 de 2019) en los que —estimamos— se presta atención, indirectamente, a las características y otras particularidades de quienes se encuentran privados de libertad, aun cuando durante el proceso no se alude a ellos

vulnerable a «aquellos que por su situación o condición social, económica, física, mental o sensorial, entre otras, o por presentar carencias desde un punto de vista multisensorial, se encuentran en desventaja y requieren de un esfuerzo público especial para participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y acceder a mejores condiciones de vida y bienestar social».

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

como sujetos vulnerables.[37] Lo anterior, pues en estos casos ellas se desconocen y no consideran impedimento para la entrega de información que es calificada, por el propio Consejo, como información de interés público. En los dos casos, se solicitó a Gendarmería de Chile la entrega de una nómina con información vinculada a los internos y, en ambos, la información fue entregada parcialmente al requirente, por aplicación del principio de divisibilidad, lo cual dio lugar a la presentación de un amparo ante el Consejo para la Transparencia. Entre la información denegada y que fue tachada, estaba la identidad —nombre y apellido— de las personas privadas de libertad[38]. Ello, por aplicación del artículo 21 N°2 y N° 5 de la LSAIP en relación con los artículos 2, 7 y 10 de la LPDP.[39] En ambas Decisiones, el Consejo para la Transparencia otorgó el acceso a la información por considerarla pública y estimar que existía interés público en la divulgación en orden a que las personas respecto de quienes se solicitaba esa información habían sido condenadas por un Tribunal de la República a penas privativas de libertad, que estaban cumpliendo en los términos dictaminados por el órgano jurisdiccional[40]. Todo esto, pese a que por parte de Gendarmería — y de los propios interesados cuando se les confirió traslado— se hizo presente que su entrega afectaría la vida privada de los internos, derecho que no pierden al estar privados de libertad. Ambas decisiones del Consejo para la Transparencia fueron objeto de reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, órgano que confirmó la decisión del Consejo rechazando el recurso, lo que dio lugar a la interposición de un recurso de queja ante la Corte Suprema contra los Ministros de la Corte de Apelaciones. El razonamiento del máximo tribunal es interesante por cuanto, previo a acoger cada recurso, califica las nóminas de internos y de condenados como datos sensibles de los individuos incluidos en ellas, debido a que incorporan el nombre del interno, lo cual –en su opinión—podría afectar los derechos de las personas, configurándose así la causal del articulo 21 N° 2 de la LSAIP. En consecuencia, al desechar los reclamos de ilegalidad, los magistrados de las respectivas Cortes de Apelaciones habrían vulnerado gravemente las normas aludidas, incurriendo en falta o abuso. Llama nuestra atención que, en una de sus sentencias, la Corte Suprema enfatiza la necesidad de distinguir entre quienes se encuentran en libertad y aquellos que cumplen condenas en un centro penitenciario a cargo de Gendarmería, por cuanto los segundos no pueden resguardar personalmente sus derechos, correspondiendo al órgano invocarlos y velar por ellos; lo cual, en ambos casos, hizo Gendarmería por medio de la oposición a

[37] Lo anterior, estimamos, a diferencia de otros casos en que el Consejo para la Transparencia sí se refiere a grupos que pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad. Tal es el caso de las Decisiones C5045-20 y C1769-14.

[38] CPT, Decisión C4086-18, c. 2 y Decisión C3050-19, c.1.

[39] CPT, Decisión C4086-18, c. 4 y Decisión C3050-19, c.1.

[40] CPT, Decisión C4086-18, c. 7 y Decisión C3050-19, c.4.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

entregar información relativa a datos personales.[41] En ambos casos, la Corte Suprema destaca también el deber que tiene dicho órgano de contribuir a la reinserción social de los condenados, la que se vería afectada por medio de la entrega de la identidad de las personas, exponiéndolas a una estigmatización social[42]. Con ello, y aun cuando no lo indica expresamente, estimamos que la Corte Suprema estaría reconociendo una condición específica de desventaja de las personas privadas de libertad, hecho que las hace susceptibles de una especial protección.

[41] Corte Suprema, Rol 30378-2021, vistos y teniendo presente segundo y Corte Suprema, Rol 26276-2019, vistos y teniendo presente.

[42] Corte Suprema, Rol 30378-2021, vistos y teniendo presente sexto y Corte Suprema, Rol 26276-2019, vistos y teniendo presente noveno.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

3.2.- La información solicitada, interés público de su acceso y derecho conculcado: ¿vida privada o protección de datos personales?

Un segundo punto destacable de las Decisiones revisadas es que, tratándose de casos de solicitud de acceso a información vinculada a personas privadas de libertad en Chile, es posible precisar tanto el tipo de información que ha sido requerida — y que el Consejo calificaría como información de interés público—, como la forma en que dicho órgano ha ponderado el acceso a la información con otros derechos fundamentales, tales como la protección de la vida privada y la protección de los datos personales —dando mayor o menor atención a la determinación del menoscabado como consecuencia del acceso a la información—. La falta de precisión en ambos, —estimamos—, ocasiona que en casos similares —donde la información solicitada es similar— se confundan los límites del ejercicio del derecho de acceso, otorgando un interés preferencial al derecho de acceso a la información en perjuicio del derecho a la vida privada y a la protección de datos. Esto, recala en una casuística que, en la práctica, puede incrementar el supuesto de vulnerabilidad al que se exponen los privados de libertad en Chile, frente a otros titulares del derecho.

En cuanto al tipo de información solicitada, una vez revisada la jurisprudencia, destacamos aquellas Decisiones en que el Consejo ha evaluado como parte de la información solicitada –en atención a su naturaleza– la entrega de la ubicación de los internos, el contenido de entrevistas y/o evaluaciones psicológicas realizadas a ellos por profesionales para el otorgamiento de beneficios, los antecedentes de salud del otorgamiento o negativa de beneficios (junto a otros antecedentes que se consideran para esos efectos), la nómina de internos que reciben beneficios, la nómina de recluidos en un Centro y el registro de visitas efectuadas a los internos.

Tratándose de la entrega de la ubicación de internos consultados, el derecho que se alega menoscabado es la protección de datos personales, a partir de la definición legal de éstos y por aplicación del artículo 7 de la LPDP[43]. Sin embargo, denegada por Gendarmería, el Consejo para la Transparencia ha indicado que, en este caso, no es aplicable el régimen general de protección a este tipo de dato, pues la que atañe a los recintos penitenciarios en que terceros oponentes cumplen condena es información pública, encontrándose su divulgación amparada en el artículo 19 N° 7 de la Constitución. Ello, en atención al deber constitucional de los encargados de

[43] El artículo 2, letra f), de la LPDP, define « f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.»El artículo 7, por su parte, indica que « Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo».

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

establecimientos penitenciarios de no recibir a nadie como arrestado, detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente en un registro público[44].

En el caso del contenido de entrevistas y/o evaluaciones psicológicas realizadas a quienes se encuentran privados de libertad por profesionales, el derecho que se alega como menoscabado la protección de datos sensibles. Esto, por aplicación de las causales de excepción previstas en el artículo 21 N° 2 y 5 de la LSAIP en relación con lo dispuesto en el artículo 2 letra g) la LPDP[45] y en la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Lo anterior, especialmente, tratándose de estudios psicológicos que han servido de base para el otorgamiento de beneficios. Al respecto, el Consejo ha indicado que, tratándose de resultados de estudios o diagnósticos finales, si bien ellos han sido obtenidos en el contexto de una evaluación de naturaleza primaria reservada, en virtud del permiso que otorgarán, sus efectos y alcances son generales, por involucrar intereses que comprometen el interés y seguridad pública, existiendo, en la normativa nacional, excepciones al deber de reserva de información previsto en la LPDP[46]. Esto permite concluir que el resultado o diagnóstico contenido en las evaluaciones psicológicas es una herramienta eficaz que posibilita «el legítimo control social sobre el debido y efectivo cumplimiento de las funciones del órgano en materia de reinserción y calificación en el otorgamiento de beneficios»[47]. En consecuencia, para el Consejo, la reserva alegada cede «en beneficio de la transparencia y relevancia de acceder a lo solicitado»[48].

Un tercer tipo de información solicitada que destacamos son los antecedentes de salud que han sido fundantes para el otorgamiento o negativa de beneficios. Lo destacamos, pues en las Decisiones revisadas y a diferencia del caso anterior, el Consejo no hace excepción a la regla de reserva. Acá se encuentran, por ejemplo, los casos en que lo requerido es la denominada Ficha Única del condenado privado de libertad, en la cual se anotan datos de salud del interno. En las Decisiones en que se han concedido beneficios a internos y se han solicitado los antecedentes

[44] CPT, Decisión C4094-16, c. 3 y Decisión C419-18, c. 6.

[45] El artículo 2, letra g) de la LPDP, define «g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual».

[46] CPT, Decisión C4603-19, cc. 5 y 6. En el mismo sentido CPT; Decisiones C629-11, C1465-14, C2074-16, C4603-19.

[47] CPT, Decisión C4603-19, c. 7.

[48] CPT, Decisión C4603-19, c. 7.

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

fundamentes a Gendarmería, el derecho alegado por el órgano requerido y/o terceros involucrados ha sido la protección de datos personales, por considerar la información médica un dato sensible que configura la causal del artículo 21 N° 2 y 5 de la LSAIP[49]. Asimismo, el Consejo para la Transparencia ha indicado que en estos casos no resulta aplicable el argumento en orden a que el acceso a esta información permitiría efectuar un control social al órgano respecto al otorgamiento de beneficios[50]. En ellos, el Consejo ha resuelto que la información es reservada, razón por la cual el solicitante, para acceder a ella, debe concurrir debidamente autorizado por el titular de la ficha clínica; de lo contrario, la solicitud debe ser denegada.

Sin embargo, tratándose de otros antecedentes que han servido de base para el otorgamiento de beneficios, los derechos alegados han sido diversos. Entre ellos, figuran: el derecho a la vida privada de los internos, el derecho a la intimidad de los internos, su derecho a la honra, el derecho a protección de datos personales del interno y funcionarios, y el derecho a la seguridad de los funcionarios de Gendarmería que han integrado Comisiones Técnicas o de evaluación. En estos casos, el Consejo ha resuelto el acceso a la información, por existir interés público en su divulgación, posibilitando, con ello, un control de la política penitenciaria y de los criterios, antecedentes o fundamentos considerados por la autoridad respectiva para conceder los beneficios, permitiendo fiscalizar si quienes los recibieron cumplían o no con los requisitos establecidos. Tal ha sido el caso de los informes sociales, las actas de Consejos Técnicos, las notas obtenidas por los internos, las grabaciones de entrevistas realizadas a ellos, las actas de notificación de sanciones disciplinarias y los cursos o capacitaciones realizados por los internos.[51] Un argumento similar de interés público en el acceso, –fundado en la idea de control social de la actuación de los órganos– es el que el Consejo para la Transparencia adopta a propósito de las remuneraciones realizadas por Gendarmería y percibidas por los internos[52].

Otro tipo de información que ha sido solicitada dice relación con la nómina de internos que reciben beneficios. En estos casos, tanto los terceros involucrados como los órganos requeridos han indicado como derechos afectados el derecho a la vida privada y la protección de datos personales. Ahora bien, en estas situaciones, el Consejo para la Transparencia ha distinguido entre aquellos que se encuentran cumpliendo penas al momento de la solicitud, y aquellos cuya sanción ya fue

[49] CPT, Decisión C4161-16.

[50] CPT, Decisión C2986-17.

[51] En este sentido, *Véase* CPT, Decisiones C399-09/C481-09/C482-09, C426-10, C323-10, C237-10, C650-11, C629-11, C376-12, C462-15, C3243-16, C2074-16, C387-18, C4177-18, C676-18, C8385-20 y C3373-21.

[52] CPT, Decisión C900-15 y Decisión C589-21.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

cumplida. En opinión del Consejo, tratándose de internos que cumplen condena, si bien la identidad constituye un dato personal reglado por la LPDP, se trata de información que sirve de insumo al control social del adecuado otorgamiento de beneficios, lo que justificaría su divulgación a terceros[53]. Distinto es el caso de quienes ya han cumplido sus penas, por cuanto dicha información sí sería reservada, por aplicación del artículo 21 de la LPDP[54], concurriendo, con ello, la causal de reserva prevista en el artículo 21 N° 5 de la LSAIP[55].

También se ha solicitado como información, en aplicación de la LSAIP, la nómina de internos que se encuentran recluidos en determinados centros penitenciarios. En estos casos, los terceros involucrados han dado como argumento para oponerse a su entrega, el menoscabo de su derecho a la protección de datos personales, concurriendo así la causal de reserva o secreto prevista en el artículo 21 Nº 2 y 5 de la LSAIP. En este caso, el Consejo ha acogido los amparos, señalando que la divulgación de información de personas privadas de libertad es de carácter público, naturaleza dada por el constituyente a la fuente donde se encuentra el dato, en atención al artículo 19 Nº 7 de la Constitución. Asimismo, se ha determinado la inaplicabilidad de la excepción del artículo 21 de la LPDP, por tratarse de personas que se encuentran cumpliendo condena[56].

Finalmente, destacamos como información que ha sido requerida el registro de visitas a internos. En estos supuestos, se ha alegado como derechos afectados la protección de datos personales de internos y visitantes y, con ello, se ha invocado la causal de reserva prevista en el artículo 21 Nº 2 de la LSAIP. Lo anterior ha sido consecuente con el razonamiento del Consejo, para quien la vinculación entre una persona privada de libertad con la circunstancia de haber sido visitado por otra en un recinto penitenciario es un dato de carácter personal, cuyo titular es tanto el interno como la visita, y merece protección a la luz de lo dispuesto por la Constitución en el artículo 19 Nº 4[57].

[53] CPT, Decisión C1370-11/C1414-11.

[54] El artículo 21 de la LPDP, indica que «Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena».

[55] En este sentido, véase CPT, Decisiones c6659-18, C4418-18, C4635-18, C6660-18, C8003-19.

[56] CPT, Decisión C3246-20, c. 7. En el mismo sentido CPT, Decisiones C1415-11, C4065-18, C4086-18, C3932-18, C1313-19/1360-19, C3050-19 y C4333-20.

[57] CPT, Decisión, C3420-20, c. 5. En el mismo sentido *véase* CPT, Decisiones C3133-16, c. 2 y C5729-18, c. 2.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

4. Estándares internacionales para la protección de datos personales de las personas privadas de libertad

Comprender la relevancia práctica del derecho de acceso a la información como derecho fundamental implica entender su función como mecanismo del control del cumplimiento de funciones del Estado, por medio de requerimientos de información en cuestiones de interés público. La LSAIP no establece la necesidad de indicar los motivos que fundan un requerimiento de información a los órganos y, con ello, de acreditar la existencia de un interés (público o privado) que justifique la entrega o acceso. Sin embargo, el estándar de interés público encuentra sustento normativo en textos tales como el CEDH, la CADH, en textos constitucionales, legales y en la doctrina y jurisprudencia (Covarrubias, 2015:269)[58]. En consecuencia, se trata de un estándar que debe ser considerado por el Estado a la hora de ponderar derechos fundamentales en conflicto. A partir de lo examinado en el punto anterior, concluimos que es posible sistematizar qué información vinculada a personas privadas de libertad es información de interés público a la luz de la LSAIP. Sin embargo, estimamos que con ello no se agota el deber del Estado de garantizar derechos fundamentales de las personas, en este caso, del requirente. Ello, debido a que, aun cuando sea posible prever anticipadamente si una información debe o no ser entregada, es necesario considerar los derechos del tercero vinculado a la información que se solicita y, con ello, la particular situación en que se encuentran las personas privadas de libertad.

El Estado es el principal garante de derechos fundamentales. En el caso de Chile, a partir de lo dispuesto en el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, este se encuentra obligado a respetar los derechos y libertades en ella consagrados y a garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona bajo su jurisdicción. Sin embargo, la relación entre el Estado y las personas no es igual en todos los casos. Es así como, en la práctica, nos encontramos con hechos basados en supuestos personales que condicionan de forma específica el ejercicio de derechos de un grupo o individuo en un contexto determinado. Lo anterior aporta una dificultad adicional al deber de garantía que tiene el Estado respecto de todas las personas y, con ello, a la ponderación entre el derecho de acceso a la información y otros derechos de estas personas y grupos.

[58] Sobre el reconocimiento normativo en Chile del estándar de interés público en el caso del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, *véase* DROGUETT GONZÁLEZ, C. 2019: *El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Análisis de su reconocimiento, naturaleza jurídica y de las circunstancias que determinan que un interés sea público*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

La vulnerabilidad es un concepto relacional (Macías, 2017: 231). Por tanto, son varios los componentes que deben ser considerados al momento de analizar supuestos de conflicto, siendo, para ellos, de gran utilidad el considerar la interpretación que Chile debe dar a los estándares internacionales establecidos para la garantía de derechos de un grupo o persona en un supuesto de vulnerabilidad. Una vez revisada la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al deber de garantía de derechos de las personas privadas de libertad, a continuación, destacamos el especial contenido y alcance de sus derechos fundamentales, las obligaciones del Estado y las restricciones de derechos:

A) El Estado es el garante de los derechos de las personas privadas de libertad.

A partir de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la CADH, toda persona que se encuentre privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones que sean compatibles con su dignidad personal, siendo el Estado el responsable de garantizar su derecho a la vida y a la integridad, Al ser el Estado el responsable de los establecimientos de detención —supuesto que confirma nuestra normativa nacional— él es el garante de los derechos de los internos[59]. La responsabilidad del Estado respecto de lo que ocurra a estas personas bajo su custodia, se presume[60].

B) En el caso de personas privadas de libertad, el Estado tiene una posición de garantía especial, distinta a aquella que tiene en relación con los sujetos libres.

El Estado se encuentra en una posición de garante especial, respecto de las personas privadas de libertad, debido a que la relación de sujeción e interacción entre ambos se caracteriza por tener una especial intensidad, producto de la circunstancia del encierro, la cual impide a la persona satisfacer por sí misma sus necesidades, debiendo el Estado ser quien regule los derechos y obligaciones de aquélla, así como de las circunstancias propias del encierro[61].

C) La privación de libertad puede afectar consecuencialmente la vida privada e intimidad del sujeto, pero dicha restricción debe limitarse de manera rigurosa.

Desde 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dispone que nadie sufrirá injerencias arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, ni ataques a su honra o reputación. Por su parte, en el marco del Sistema Interamericano, la CADH consagra la protección de la honra y dignidad de

[59] Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros v. Perú, párr. 60.

[60] Corte IDH. Caso Asunto de la Cárcel de Urso Branco v. Brasil, c. 8.

[61] Corte IDH, Caso Instituto de reeducación del menos v. Paraguay, párr. 112. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso Isaza Uribe y otros v. Colombia, párr. 87 y 88.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

las personas, prohibiendo injerencias arbitrarias en su vida privada[62]. Para la Corte IDH, la privación de libertad puede ocasionar, como efecto colateral, la afectación de otros derechos, como vida privada e intimidad. Sin embargo, dicha restricción debe limitarse de manera rigurosa ¿Cuál es, entonces, el nivel de exigencia frente a las personas privadas de libertad? La afectación del derecho debe cumplir con el requisito de necesidad al interior de una sociedad democrática. De lo contrario, la restricción de otros derechos será injustificada, supuesto prohibido por el derecho internacional. *Ergo*, la transparencia sobre la forma de conducir los asuntos públicos y sobre asuntos de interés para todos que permiten participar en la gobernanza no es suficiente para justificar por sí sola el acceso a información vinculada a estas personas; por cuanto la restricción de sus derechos –vida privada, protección de datos personales u otros—debe estar vinculada como efecto colateral a la medida de encierro. Una interpretación contraria, supondría –sin fundamento normativo– respecto de un sujeto respecto de quien el Estado tiene un particular deber de garantía de sus derechos, despojar de la titularidad universal de derechos humanos que la ley reconoce a toda persona.

5.- Conclusiones

En Chile, es posible sostener el que acceso a la información y la protección de datos personales son derechos fundamentales cuya titularidad es propia de toda persona sin distinción. Esto, pues el artículo 19 de la Constitución Política vigente, asegura "a todas las personas" un catálogo de derechos y garantías fundamentales y, aun cuando entre sus numerales establece titularidades especiales, no es el caso de los numerales en que se funda el reconocimiento constitucional del derecho de acceso y a la protección de datos indicada. En consecuencia, el Estado debe garantizarlos respecto de todos, dictando normativas internas para tal efecto y adaptando sus instituciones a dicho fin. En esta materia, el Consejo para la Transparencia es el órgano a cargo de la fiscalización en la aplicación de la LSAIP y LPDP. Sin embargo, el Consejo carece de atribuciones para fiscalizar o sancionar en materia de protección de datos, lo que dificulta el cumplimiento de estas labores. El problema se intensifica si se consideran dos aspectos. El primero, es que desde el año 2009 a la fecha, el Consejo utiliza el estándar de interés público para ponderar el acceso o denegación de información en los amparos que son interpuestos; dicha expresión es también empleada por lo requirentes en sus recursos frente a la respuesta de los órganos y terceros interesados. El segundo aspecto, es que el deber de garantía del Estado no es igual respecto de todas las personas, pues existen sujetos y grupos que merecen especial atención por su condición de vulnerabilidad. Al respecto, si bien el derecho chileno ha hecho eco de normas del derecho internacional de los

[62] Corte IDH, Caso Instituto de reeducación del menos v. Paraguay, pàrr. 153 a 155. En el mismo sentido Corte IDH. Caso Lopez y otros v. Argentina, párr. 91 y 92.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

derechos humanos destinadas a protegerlos, fruto de un reconocimiento motivado por el ejercicio del control de convencionalidad, tal protección, en la práctica, se vuelve insuficiente en casos en los que se pondera el resguardo de la vida privada con el ejercicio del derecho de acceso a la información. Ello, pues el incremento de interés público en el acceso a información de las personas fundada en la ejecución de labores de fiscalización por los órganos es progresivo; ya que, en el marco de nuestra participación ciudadana, cada día nos importa más conocer si los órganos cumplen bien o mal sus funciones. Uno de estos casos es, precisamente, el de los órganos a cargo de procedimientos y tareas penitenciarias y, con ello, del cuidado de un grupo en condición de vulnerabilidad, a saber: las personas privadas de libertad. Es en estos casos, cuando –estimamos– deben ser atendidas y consideradas, con especial cuidado, las pautas de interpretación dadas por el derecho internacional en las sentencias de la Corte IDH. Ello, pues, si bien el derecho nacional y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia nos orientan sobre categorías de información que ha sido considerada por el órgano como pública y accesible, es la jurisprudencia de la Corte IDH, en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la que precisa el estándar para el cumplimiento del deber de garantía de derechos de las personas privadas de libertad por el Estado de Chile. En especial, de la garantía de sus derechos a la vida privada y a la protección de datos personales. Consecuencialmente, el órgano requerido al momento de resolver la solicitud de acceso no solo debe prestar atención a la presencia de categorías particulares de información considerada de interés público que origina el requerimiento –producto, por ejemplo, de la afectación en el bienestar de los ciudadanos o vida en comunidad–, sino que, también las pautas de interpretación dadas por la Corte IDH, con el objeto de respetar la salvaguarda inquebrantable de la dignidad de toda persona. La información de interés público no puede ser reservada o secreta, pero ello no significa que dicho estándar tenga una posición preferente en caso de conflicto de derechos. Razón por la cual, estándares como los indicados deben ser atendidos por los órganos del Estado al momento de ponderar los derechos, resolviendo o denegando el acceso, a fin de evitar en futuros casos contenciosos ser objetos de condenas por desprotección de las personas privadas de libertad en Chile.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

Bibliografía

Abad Alcalá, L. (2015): «El derecho a la información en los textos universales (Estudio del artículo 19 de la DUDH)», en Bell Mallén, I. y Corredoira y Alfonso, L. (Dir.) *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: pp. 49-68.

Aguilar Cavallo, G. (2021): «La protección de datos personales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Moreno Bobadilla, A. y Serrano Maillo, I. (Dir.), *El derecho a la protección de datos personales en Europa y en América: diferentes visiones para una misma realidad*. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch: pp. 369-404.

Álvarez Conde, E. (1992): *Curso de Derecho Constitucional.* Volumen I. Madrid, Tecnos.

Anguita Ramírez, P. (2015): «El derecho a la información en el ordenamiento jurídico interamericano», en Bell Mallén, I. y Corredoira y Alfonso, L. (Dir.) *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: pp. 97-141.

Balbontín Gallo, C. y Maldonado Carvajal, A. (2019): *Libertad de expresión, derecho a la información y medios de comunicación*. Santiago de Chile, Ed. Thomson Reuters.

Carbonell, M. (2014): «El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional», en Vázquez Ramos, H. (Coord.). *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México: pp. 75-88.

Castro, A., Cillero, M. y Mera, J. (2010): *Derechos fundamentales de los privados de libertad.* Santiago de Chile, Ediciones UDP.

Cea Egaña, J. (2012): *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial de la Universidad Católica de Chile.

Cid Botteselle, V., Marileo Millán, G., Moya Díaz, E. (2012): *Calidad del acceso a la información pública en Chile*. Santiago de Chile, Chile Transparente.

Contreras Vásquez, P. (2020): «El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena», en *Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2: pp. 87-120.

Cotino Hueso, L. (2017): «El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 40: pp. 279-316.

Cova Fernández, E. (2022): «Derechos Humanos y Derechos digitales en la Sociedad de la Información», en *Revista Derechos Humanos y Educación*, núm. 6: pp. 61-80.

Covarrubias Cuevas, I. (2015): «El interés público como convergencia entre la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la vida privada», en *Revista de Derecho* (Valparaíso), (44): pp. 267-306.

CC BY SA

De Carreras Serrá, Ll. y Vilajoana Alejandre, S. (2017): *¿Cómo aplicar los límites jurídicos del periodismo?* Barcelona, Editorial UOC.

Desantes Guanter, J. (1987): *Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación*. Madrid, Eudema.

Droguett González, C. (2019): *El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Análisis de su reconocimiento, naturaleza jurídica y de las circunstancias que determinan que un interés sea público*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

Fernández Ramos, S. (2018): «La transparencia pública: pasado, presente y futuro», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51: pp. 213-243.

Fiss, O. (1996): *The irony of freedom speech*. EEUU, Harvard University Press.

García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2009): «Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional», en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7: pp. 137-175.

Guichot Reina, E. (2011): *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*. Sevilla, Editorial Derecho Global.

Harasic Yaksic, D. (2010): «Historia de la consagración del Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Chile», en Letelier Wartenberg, R. y Rajevic Mosler, E. (Coord.) *Transparencia en la Administración Pública Santiago de Chile*, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing: pp. 7-12.

Laporta San Miguel, F. (2002): «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», en *Revista Jurídica*, Nº 6, Universidad Autónoma de Madrid: pp. 133-152.

López Redondo, C. 2012: *La libertad de expresión en situaciones de conflicto.* Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

Luan Ramos, D. 2021: «Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional», en *Estudios Constitucionales*, vol. 19, núm. 2: pp. 38-70.

Mercedes Albornoz, M. (2022): «Expansión del ámbito territorial de aplicación de la ley en materia de protección de datos personales: ¿Tendencia en América Latina?», en *Latin American Law Review*, Número 9: pp. 139-160.

Moretón Toquero, A. (2014): «Los límites del derecho de acceso a la información pública», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33: pp. 1-24.

Nogueira Alcalá, H. (2003): «Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis*, núm. 9 (1): pp. 403-466.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

Peredo Rojas, M. (2022): «El derecho público frente a personas en condiciones de vulnerabilidad: ¿es necesario reconocer a determinados grupos en la Constitución?», en Cándano Pérez, M. y Tolosa Díaz, R. (Edit.) *Igualdad y No discriminación: protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch: pp. 113-138.

Ravetllat Ballesté, I. (2021): «La protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes: respuestas desde el ordenamiento jurídico chileno», en *Estudios Constitucionales*, Vol. 19 (1): pp. 111-145.

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (2014): «Transparencia y acceso a la información desde una perspectiva constitucional», en *Iurisprudentia Elegans: Revista de Derecho Político e Historia Constitucional*, núm. 1, 2014: pp. 30-55.

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (2007): «Un derecho fundamental a acceder a la información pública», en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (Coord.) *El derecho de acceso a la información pública (Actas del Seminario Internacional Complutense Madrid, 27-28 junio 2007)*. Madrid, Cersa: pp. 7-41.

Sánchez González, S. (1996): *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*. Madrid, Marcial Pons.

Schudson, M. (2015): *The rise of the right to know. Politics and the culture of transparency, 1945-1975.* London: The Belknap Press of Harvard University Press.

Serrano Maíllo, I., Martínez Pastor, E. y Beltrán Órdenes, P. (2017): «Una revisión crítica de la Ley Española 19/2013», en *Revista Transparencia y Sociedad*, N° 5: pp. 51-69.

Urías Martínez, J. 2014: *Principios de Derecho de la Información*. Madrid, Tecnos.

Warren, S. y Brandeis, L. (2010): *The right to privacy.* Louisiana, Quid Pro Books.

Zegarra Valdivia, D. (2010): «El ejercicio del derecho de acceso a la información pública en el Perú: marco jurídico administrativo», en *Transparencia en la Administración Pública.* Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing: pp. 131-172.

Jurisprudencia

Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 51.

Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Corte IDH: Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Corte IDH: Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. Caso Grijalva Bueno Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 426.

Corte IDH. Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH. Caso Masacres de Ituango v. Colombia. Sentencia del 01/07/2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. Caso Escué Zapata v. Colombia. Sentencias del 04/07/2007 y del 05/05/2008. Serie C No. 165 y Serie C No. 178.

Corte IDH. Caso Fernández Ortega v. México. Sentencias del 30/08/2010 y del 15/05/2011. Serie C Nº 215 y Serie C Nº 224.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile. Sentencias del 24/02/2012 y del 21/11/2012. Serie C No. 239 y Serie C No. 254.

Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia del 19/01/1995. Serie C No. 13, Serie C No. 20, Serie C No. 29

Corte IDH. Caso de la cárcel de Urso Branco. Resolución de la Corte IDH del 18/06/2002. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión IDH respecto de la República Federativa del Brasil.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Sentencia del 02/09/2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso Isaza. Uribe y otros Vs. Colombia. Sentencia del 20/11/2008. Serie C No. 363

Corte IDH. Caso Lopez y otros Vs. Argentina. Sentencia del 25/11/2019. Serie C No. 396.

Tedh, Handyside c. Reino Unido. Sentencia de 7 de diciembre de 1976.

Tedh, Castells c. España. Sentencia de 23 de abril de 1992.

Tedh, Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía. Sentencia de 30 de enero de 1998.

Tedh, Ahmet Yildirim c. Turquía. Sentencia de 18 de diciembre de 2012.

Tedh, Animal Defenders International c. Reino Unido, de 22 abril 2013.

Tedh, Delfi As c. Estonia, de 16 de junio de 2015.

Tedh, Lingens c. Austria, de 8 de julio de 1986.

Tedh, Otegui Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011.

Tedh, Fuentes Bobo c. España, Sentencia del 29/02/2000.

Tedh, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, Sentencia del 13/03/2018.

Tedh, Sunday Times c. Reino Unido, Sentencia del 26/04/1979.

Tedh. Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría. Sentencia del 08/11/2016.

Tedh, Amman c. Suiza. Sentencia del 16 /02/2000.

Tedh, Gaskin c. Reino Unido. Sentencia del 07/07/1989.

Tedh, Rotaru v. Romania. Sentencia de 04/05/2000.

Tedh, Leander c. Suecia. Sentencia de 26/03/1987.

Tedh, S. and Marper c. Reino Unido. Sentencia del 04/12/2008.

Tedh, Biriuk c. Lituania. Sentencia del 25/11/2008.

Tedh, Khelili c. Suiza. Sentencia del 04/12/2008.

Tedh, Vukota-Bojić c. Suiza. Sentencia del 18/10/2016.

Tedh, Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia c. Finlandia. Sentencia del 27/06/2017.

Tedh, Catt v. the United Kingdom, Sentencia del 24/04/2019.

TCe. Sentencia 104/1986, de 17 de julio (BOE núm. 193 de 13 de agosto de 1986).

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

TCe. Sentencia 6/1988, de 21 de enero (BOE núm. 31, de 05 de febrero de 1988).

TCe. Sentencia 254/1993, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1993).

TCe. Sentencia 94/1998, de 4 de mayo (BOE núm. 137 de 09 de junio de 1998).

Tribunal Constitucional Alemán, sentencia de 15 de diciembre de 1983, publicada en BJC Boletín de Jurisprudencia Constitucional, número 33, Enero 1984, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid. Trad. Manuel Daranas. pp. 126 170.

TCch. Sentencia 567/10, de 01/09/2010. Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad.

TCch. Sentencia 634/2006, de 17/10/2006. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 13 de la Ley N.º 18.575.

TCch. Sentencia 1463/10, de 18/08/2009. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Gerard Philippe Bordachar Sotomayor y Otros, respecto del artículo 2.331 del Código Civil, en ingreso N.º 2.517 – 2008 en recurso de protección de la Corte de Apelaciones de Santiago, y en rol de ingreso 5.034 – 2005 del 18º Juzgado Civil de Santiago.

Consejo para la Transparencia. Decisión C4086-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C3050-19

Consejo para la Transparencia. Decisión C1465-14

Consejo para la Transparencia. Decisión C419-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C4094-16

Consejo para la Transparencia. Decisión C4603-19

Consejo para la Transparencia. Decisión C4603-19

Consejo para la Transparencia. Decisión C426-10

Consejo para la Transparencia. Decisión C323-10

Consejo para la Transparencia. Decisión C629-11

Consejo para la Transparencia. Decisión C2074-16

Consejo para la Transparencia. Decisión C3243-16

Consejo para la Transparencia. Decisión C3247-16

Consejo para la Transparencia. Decisión C3245-16

Consejo para la Transparencia. Decisión C4177-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C1370-11/C1414-11

Consejo para la Transparencia. Decisión C4178-18

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

Consejo para la Transparencia. Decisión C1415-11

Consejo para la Transparencia. Decisión C4065-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C3932-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C376-12

Consejo para la Transparencia. Decisión C1971-13

Consejo para la Transparencia. Decisión C4086-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C1313-19/C1360-19

Consejo para la Transparencia. Decisión C3050-19

Consejo para la Transparencia. Decisión C3246-20

Consejo para la Transparencia. Decisión C4333-20

Consejo para la Transparencia. Decisión C4161-16

Consejo para la Transparencia. Decisión C387-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C462-15

Consejo para la Transparencia. Decisión C3133-16

Consejo para la Transparencia. Decisión C3420-20

Consejo para la Transparencia. Decisión C2986-17

Consejo para la Transparencia. Decisión C900-15

Consejo para la Transparencia. Decisión C8385-20

Consejo para la Transparencia. Decisión C676-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C3373-21

Consejo para la Transparencia. Decisión C6659-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C4818-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C4635-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C6660-18

Consejo para la Transparencia. Decisión C8003-19

Corte Suprema. Gendarmería de Chile con Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 30378-2021.

Corte Suprema. Gendarmería de Chile con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 26276-2019.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Casos y Sistemas Comparados
El derecho de acceso a la información de interés…
por Carmen Droguett y Nathalie Walker
Págs. 277-310
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.249

Documentos

Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión 227a .

Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (2007): Reforma al artículo 6° constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos

Biblioteca del Congreso Nacional: Historia de la Ley N° 21.096.

Asociación por los Derechos Civiles (2016): El sistema de protección de datos personales en América Latina: Oportunidades y desafíos para los derechos humanos. Disponible en: https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/023-A-El-sistema-de-protecci%C3%B3n-de-datos-personales-en-Am%C3%A9rica-Latina-Vol.-I-12-2016.pdf

Consejo para la Transparencia (2020): Estudio Nacional de Transparencia 2020. Disponible en: https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2021/07/Estudio-Nacional-Transparencia-2020.pdf

Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (2007): Reforma al artículo 6° constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Participación Ciudadana en la elaboración de leyes durante la pandemia. Caso Ecuador 2020

Karina Herrera[1]

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN)

Ecuador

ORCID: 0000-0002-8189-0521

Irma Jara-Iñiguez[2]

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN)

Ecuador

ORCID: 0000-0002-6342-4068

RECIBIDO: 5 de septiembre de 2022
ACEPTADO: 11 de febrero de 2023

RESUMEN: El estudio tiene como propósito analizar cómo se ejerció la participación ciudadana en los procesos de elaboración de leyes en la Asamblea Nacional del Ecuador durante la pandemia por la Covid-19, en el período 2020. Así mismo, identificar si los mecanismos utilizados facilitaron la incidencia ciudadana en la formulación de 12 proyectos de ley aprobados. Para el efecto, se aplicaron 12 entrevistas a miembros de las comisiones especializadas para el tratamiento de las propuestas legislativas; y, se realizaron 60 encuestas a los asambleístas y a los ciudadanos que intervinieron en los procesos. Además, se realizó un contraste con la normativa legislativa y su internalización por parte de los sujetos obligados y la ciudadanía. Se concluye que, los mecanismos aplicados garantizaron únicamente la comparecencia de invitados y que se alcanzaron niveles básicos de participación. No se logró incidencia en la toma de decisiones, lo que se reflejó en la insatisfacción manifestada.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía, Mecanismos de Participación, Parlamento, Participación Política, Participación Social.

[1] Magíster en Gestión Pública por el Instituto de Altos Estudios Nacionales. Ingeniera en Contabilidad y Auditoría por la Universidad Técnica de Machala.

[2] Doctora en Administración Pública por la Universidad Andina Simón Bolívar. Postdoctorado en América Latina y su Inserción en el Orden Global. Docente-Investigadora en la Escuela de Gobierno y Administración Pública del Instituto de Altos Estudios Nacionales. Miembro de la Red Nacional de Gobierno Abierto y de la Red de Expertos Anticorrupción.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

CONTENIDOS: 1.- Introducción. — 2.- Perspectiva de análisis: Marco Teórico y Referencial. — *2.1.- La participación ciudadana en los procesos legislativos. — 2.2.- Incidencia de la participación ciudadana en la elaboración de las leyes. — 2.3.- Mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de leyes.* — 3.- Metodología. — 4.- Resultados y Discusión. — *4.1.- La internalización de las normas para la participación en el legislativo. — 4.2.- Sobre el proceso de participación en la construcción de leyes. — 4.3.- Participación ciudadana en tiempos de pandemia para la elaboración de las leyes. — 4.4.- Mirada institucional al proceso de elaboración de leyes con la aplicación de mecanismos de participación durante el período de pandemia. — 4.5.- La participación ciudadana en pandemia desde la perspectiva institucional.* — 5.- Conclusiones. — Bibliografía.

Citizen Participation in the elaboration of laws during the pandemic. Ecuador Case 2020

ABSTRACT: The purpose of the study is to analyze how citizen participation was exercised in the law-making processes in the National Assembly of Ecuador during the Covid-19 pandemic, in the year 2020. Likewise, we try to identify if the mechanisms used facilitated the citizen incidence in the formulation of 12 approved projects of law. For this purpose, 12 interviews were applied to members of the specialized commissions for the treatment of legislative proposals; and 60 surveys were conducted to assembly members and citizens who participated in the processes. In addition, a contrast was made with the legislative regulations and their internalization by the obligated subjects and the citizens. It is concluded that the mechanisms applied only guaranteed the appearance of the guests and that basic levels of participation were reached. No incidence was achieved in decision-making, which was reflected in the dissatisfaction expressed.

KEYWORDS: Citizenship, Participation Mechanisms, Parliament, Political Participation, Social Participation.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

1.- Introducción

Frecuentemente, el Estado no repara en las necesidades de la sociedad -en especial de los sectores desfavorecidos-, sino hasta que los afectados actúan y presionan para que se les dé la atención en la construcción de la política pública (Ortiz, 2012). De aquí la relevancia de la participación ciudadana, ya que como indica Parés (2009) estas son prácticas políticas y sociales a través de las cuáles la ciudadanía puede incidir sobre las dimensiones de lo público y en el proceso de toma de decisiones de los Estados y gobiernos; y, que no sean solo los grupos políticos y las élites quienes participen en este proceso. Con la participación se contribuye a reforzar el espacio público (Sánchez y Giraldo 2017).

Para Brewer-Carías (2011) es importante tratar a la democracia como una alianza entre gobernados y gobernantes, que permita garantizar el ejercicio de poder y la participación efectiva de la ciudadanía en las decisiones públicas y de interés social. La democracia -sin dejar de ser representativa- deberá garantizar la inclusión de todos los ciudadanos en los procesos de construcción del Estado, ya que esta se reafirma en la medida que exista un sistema de control del poder y que se aseguren los derechos ciudadanos (Brewer-Carías, 2011). Por ello, como indica Delgado–Algarra (2017) "la Democracia no es un sistema alcanzado o definitivo, sino una aspiración. Por ello, frente a las actuales democracias formales, resurgen planteamientos de iniciativa popular, ajenos a los partidos políticos, que exigen un sistema de participación más directa" (p.255).

En este marco, Ortiz (2012) considera que los mecanismos de participación ciudadana pueden incrementar la calidad de la democracia, siempre que con ellos se facilite la coordinación entre los actores, el sentido personal de sus acciones, los propósitos y proyectos enfocados en los resultados de la política pública. La ciudadanía se conquista, no se la otorga desde arriba. Aun cuando los mecanismos de participación movilizan a la sociedad, no necesariamente le otorgan poder. Si bien, los instrumentos de cogestión administrativa y de decisiones pueden potenciar las facultades para ejercer poder y el protagonismo ciudadano en las políticas públicas; sin embargo, cuando los mecanismos solo se utilizan en peticiones simbólicas o protocolarias -como las instancias rituales de reunión-, sin incidencia, se diluyen las potencialidades de los actores.

Por otro lado, la interrelación entre el Estado y el ciudadano depende principalmente de las circunstancias políticas, económicas y sociales de cada época, por lo cual es pertinente que se analicen algunos aspectos fundamentales sobre el concepto de

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

participación ciudadana. En el caso de Ecuador con la Constitución del 2008[3] se pretendía impulsar el empoderamiento ciudadano, la inclusión y la intervención activa de todos. Esta intención se evidenció con la implementación de varios mecanismos de participación ciudadana como medio para poner en práctica la democracia representativa, así como la directa y participativa.

A través de la participación, un ciudadano interviene decisivamente en el diseño, planeación y/o desarrollo de una política pública (Espinosa, 2009), contribuyendo así con el gobierno y sus administraciones para lograr y generar valor público en una gestión. Al respecto, Ortiz (2012) manifiesta que "la ciudadanía tiene el deber cívico de crear valor público y no limitarse a ser un mero receptor de las políticas públicas. Los ciudadanos no somos clientes" (p.41).

Sin embargo, en Ecuador, la participación y su incidencia en la formulación de leyes ha dependido de varias circunstancias políticas y normativas. Al igual que en el resto de Latinoamérica, se han priorizado diversas formas no convencionales como las de participación extraparlamentarias principalmente con los movimientos sociales, organizaciones de la sociedad civil, y participación por medios digitales (Cruz y Mballa, 2017).

En cambio, en lo normado, la aplicación del mecanismo de iniciativa ciudadana para presentar proyectos de ley no ha sido muy utilizado en la práctica y, aunque fue implementado para el tratamiento preferencial de estas propuestas, se convirtió más bien en mera formalidad (Ospina, 2013). Es así como, se cuenta con algunas leyes descontextualizadas en las que poco o nada se ve representado el ciudadano. Por lo que, siendo la Asamblea Nacional la encargada de crear, reformar y aprobar leyes, así como de adoptar mecanismos de participación ciudadana para los procesos a su cargo; el escenario de investigación se llevó a cabo en esta institución.

Actualmente, acorde con la ley orgánica de la función legislativa[4], para promover la participación ciudadana en las diferentes etapas de la elaboración de leyes, la Asamblea Nacional cuenta con mecanismos como: participación en las comisiones especializadas y en el Pleno, mesas itinerantes en diversos lugares del territorio nacional en coordinación con las Casas Legislativas[5], participación en las Casas Legislativas Provinciales, Ruta Legislativa, proyecto Modelos de Asamblea, foros de consulta, recepción de sugerencias, observaciones, entre otros. Cabe indicar, que

[3] Emitida por la Asamblea Constituyente y publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

[4] Aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642 del año 2009. Reformas publicadas en el Registro Oficial 326-S, 10 de noviembre de 2020.

[5] Espacio en territorio que está destinado para realizar trámites administrativos y mantener contacto entre la ciudadanía y los asambleístas.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

debido a la pandemia a causa del Covid-19 se modificaron las políticas y las formas tradicionales de ejercicio que tenía la Asamblea a través de dichos mecanismos de participación, obligando a los ciudadanos y a esta institución a adaptarse a una nueva realidad.

Este particular se formalizó a través del Reglamento para la implementación de las sesiones virtuales y teletrabajo emergente en el legislativo[6], sancionado el 19 de marzo de 2020 por la Asamblea Nacional. Debido a la suspensión de las actividades presenciales se implementó un catálogo electrónico[7] para garantizar la participación ciudadana en el proceso de elaboración de leyes, mismo que se encontró vigente hasta el momento del estudio.

En este sentido y considerando que la institución cuenta con bajos niveles de confianza en Ecuador, donde al 2020 se alcanzó apenas el 13% de confianza ciudadana en el legislativo[8], se destaca el interés investigativo sobre el proceso en la construcción de leyes con el ejercicio de la participación ciudadana. Por lo expuesto, el objetivo de la presente investigación es determinar si los mecanismos de participación adoptados por la Asamblea Nacional durante la pandemia permitieron la incidencia en el proceso de construcción de los 12 proyectos de ley -que se registran en el periodo de análisis- hasta la aprobación y publicación como leyes en Registro Oficial; así como, determinar si las aplicaciones digitales apoyaron a la ciudadana participante en el proceso.

El enfoque del presente estudio es cuali-cuantitativo. Se aplican instrumentos como entrevistas a los presidentes y secretarios de las comisiones especializadas y encuestas a una muestra ciudadana y de Asambleístas. Estos instrumentos permiten indagar el accionar frente a los mecanismos de participación adoptados en tiempos de pandemia. Se miden y cuantifican los datos en relación con la satisfacción de la ciudadanía y de los Asambleístas respecto de la aplicación de estos mecanismos, así como con el proyecto de ley final aprobado; y, se revisan las comparecencias ciudadanas dentro de las comisiones para evidenciar su incidencia en el proceso de elaboración de leyes[9].

A continuación, se expone la perspectiva de análisis a partir de un marco teórico y referencial, se explica el marco metodológico utilizado en la investigación y

[6] Resolución CAL-2019-2021-213.

[7] Conforme consta en la Resolución CAL-2019-2021-240 que contiene el Reglamento del Sistema de Gestión de Seguimiento, Evaluación de las leyes y Participación Ciudadana.

[8] Según consta en el Informe 2021 de Latinobarómetro.

[9] En el marco del proyecto de investigación de posgrado MGP-EGAP 2020-2021.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

posteriormente se presentan los resultados y su discusión, para finalmente exponer las conclusiones.

2.- Perspectiva de análisis: marco teórico y referencial

Entender la complejidad de la participación ciudadana en Ecuador implica comprenderla desde una serie de factores que rebasan las definiciones normativas y la ubican más bien en el ámbito de la historia, la política y la cultura. Por tanto, cualquier intento de analizarla en una coyuntura específica pasará necesariamente por dar cuenta de su evolución o involución según los contextos en los que se la pretenda analizar.

Siguiendo a Andrade (2009), en su discusión se debe observar el resultado de una confrontación irresuelta en nuestro país entre el poder político (vertical, elitista y excluyente) y el poder social (horizontal, participativo e incluyente) que se deriva de la irrupción de los movimientos sociales y particularmente del movimiento indígena en la escena pública en la década de los 90 del siglo XX. Se destaca en la evolución el rol cumplido por las manifestaciones y protestas que han ocasionado incluso la caída de gobiernos también en la primera década del siglo XXI.

Así mismo, la promoción del fortalecimiento de actores desarrollado con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Asamblea General en 2007 y la expansión de la ciudadanía política a través del reconocimiento de los derechos en términos de identificación étnica[10]. Estas experiencias se han traducido en ajustes en la institucionalidad; siendo, uno de los casos notorios en la región, el reconocimiento del poder del control ciudadano en Ecuador (Noto y Flisfisch, 2014) en la Constitución[11].

Se asimila a la participación ciudadana con la democracia y, siguiendo a Font y Blanco (2006) se abordará aquí a la participación ciudadana como todas las actividades que realizan los ciudadanos voluntariamente con la intención de influir directa o indirectamente en las políticas públicas y en las decisiones de los distintos niveles del sistema político y administrativo.

No obstante, conforme indica Espinosa (2009) le corresponde al sistema político, a las instituciones representativas y a los mismos partidos políticos que los ciudadanos cuenten con las facilidades para la expresión participativa, pues si los ciudadanos no saben cómo, ni dónde, ni para qué participar, no se puede lograr esta participación. Así mismo, cuando se inicia la interacción participativa con las autoridades no solo se reconoce el derecho a la participación, también se genera la capacidad de

[10] Conforme el Convenio Núm. 169, a;o 2014, de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[11] Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

iniciativa autónoma, desencadenando así una serie de respuestas dentro de una administración pública (Prieto-Martín y Ramírez-Alujas, 2014).

2.1.- La participación ciudadana en los procesos legislativos

La democracia representativa parece haberse empantanado y actualmente es cuestionada; en este escenario, las instituciones del sistema –especialmente las representativas– constituyen una de las variables clave dentro de la calidad de la democracia, al mismo tiempo que los electores esperan influir en la toma de decisiones y participar (Ramos Vielba, Gonzalo y Campos, 2013). Por esto, se requieren de mecanismos de participación de la ciudadanía en la gestión que permitan expandir, profundizar y transparentar la democracia y la gobernabilidad (CLAD, 2009), siendo el Estado el principal creador y ejecutor de dichos mecanismos institucionales para lograr la interrelación con la ciudadanía en la construcción de políticas públicas y sus elementos legislativos.

Por lo que, las instituciones deben adaptar su funcionamiento a la recepción y al procesamiento de las propuestas ciudadanas. Al hacerlo, esto sirve como instrumento de legitimación de las decisiones que se adoptan y, al mismo tiempo, para el control de la actuación de los poderes públicos (Pérez Alberdi, 2008; Pérez Moneo, 2018), siendo el objetivo mejorar y no solo justificar su legitimidad (Ramos Vielba, Gonzalo y Campos, 2013). Por otro lado, es necesario considerar que el descontento se genera por las limitaciones ante las expectativas de participar, ya sea por la ausencia de mecanismos para canalizar sus prioridades o por la falta de efectividad de las opciones disponibles; lo que disminuye la confianza en el sistema político en su conjunto e impide la creación de valor público (Benítez Palma, 2015; Pérez Moneo, 2018).

En este sentido, para que los ciudadanos se sientan representados por el parlamento este tiene que desarrollar su capacidad para dar respuesta rápida a sus problemas (García Escudero, 2015). Por ello, se recomienda que los parlamentos introduzcan procedimientos que permitan a los ciudadanos comunicar sus preocupaciones y expectativas al parlamento y a sus representantes, y que le permitan incidir en la agenda parlamentaria (Gonzalo, 2017).

Es así que, ante los límites de la democracia representativa se demandan formas alternativas, como las que se enmarcan en el parlamento abierto en el que se abren las esferas del poder al espacio público, aprovechando las nuevas tecnologías y las posibilidades que estas ofrecen para la participación y el control ciudadano. Este modelo propone que: a) los partidos políticos se enfoquen en mejorar las oportunidades para la contribución ciudadana en el desarrollo de plataformas políticas; b) los legisladores sean más accesibles y se involucren activamente en diálogos con la ciudadanía; c) las comisiones inviten a la ciudadanía a contribuir en un tema específico o un proyecto ley; d) la comisión responsable de los

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

procedimientos legislativos establezca oportunidades para la contribución de la ciudadanía con propuestas; e) las comisiones involucren a la ciudadanía y asignen recursos de apoyo (ParlAmericas, 2020, p. 15).

Por ello, se resalta la importancia de la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil, pues supone la clave fundamental y a la que se debe apuntar para el desarrollo, a través de un nuevo modelo de gobierno abierto que sea transparente, responsable, incluyente y democrático (González, 2005). Se coincide también con Reyes (2000), cuando indica que los problemas en la creación de leyes, la construcción y utilidad de políticas públicas, invita no solo a la toma de decisiones en el legislativo sino también a garantizar su calidad, y que tanto el recurso humano como el financiero son fundamentales en la formulación de estrategias de participación, ligado siempre con la adecuada aplicación de las herramientas tecnológicas (ParlAmericas, 2020).

Para ello, la participación ciudadana en el proceso de elaboración o de reforma de una ley puede darse en sus distintas etapas, como la identificación de los problemas que requieren soluciones legislativas, la propuesta de dichas soluciones, la contribución de ciudadanos en el texto legislativo, la implementación y la evaluación (Alonso Muñoz, 2020; ParlAmericas, 2017).

Ahora bien, debido a la pandemia por la Covid-19, la mayoría de los países adoptó medidas administrativas, laborales y demás para generar modalidades que contribuyeran a que los gobiernos se mantuvieran operativos. Es en este contexto donde el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TICs), a través de las plataformas y herramientas tecnológicas, se fortalecen para lograr lo que se conoce como participación ciudadana digital (Prieto-Martín y Ramírez-Alujas, 2014), y lo que ha permitido mantener a la ciudadanía informada y más cerca de todos los procesos legislativos.

En este entorno, la participación digital se convierte en el principal escenario, implicándose colaborativamente en la mejora de la calidad, eficiencia y eficacia de los servicios públicos, pues para nadie es ajeno que este proceso -de progresiva implantación de mecanismos participativos- complementará, enriquecerá y legitimará dicha participación (Martí, 2008).

2.2.- Incidencia de la participación ciudadana en la elaboración de leyes

Para la concreción de la democracia, los procesos de elaboración de leyes deben contar con la participación ciudadana y esta debe producirse a lo largo del procedimiento legislativo, pero, no solo a través de sus representantes sino también de manera inmediata y directa. La ciudadanía pueda colaborar en las fases de iniciativa, debate y, según el caso, en la ratificación de las normas (Presno, 2012).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Mientras más apertura tiene el ciudadano para incidir en una ley, más representado y confiado se sentirá (Fundar, 2015).

Para Ochoa, se comprende conceptualmente a la incidencia ciudadana como:

"El grado y posibilidad de influir en la definición, ejecución y evaluación de una determinada política pública, considerando las posiciones sostenidas y asumidas por los actores en materia de toma de decisiones. Así mismo, es que se puede distinguir analíticamente participación e incidencia, esta última el resultado visible y verificable de la primera" (Ochoa, 2011, p.2).

Así, por ejemplo, la implicación del ciudadano en la formulación de las decisiones públicas permite su incidencia al identificar situaciones de discriminación que de otra forma permanecerían ocultas y, así, se contribuye a la consolidación de la igualdad material entre los integrantes de la comunidad política (Cuesta, 2007).

Desde esta perspectiva, para Sánchez (2010), el fin de este proceso de participación es permitir la construcción de propuestas consensuadas ante la Función Legislativa cuando se delibere un proyecto de Ley. Los representantes deberían discutir y aprobar leyes sobre la base las necesidades y demandas de los ciudadanos a quienes representan y así viabilizar el logro de los objetivos (Fundar, 2015) y la generación de valor público.

2.3.- Mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de leyes

Los mecanismos de participación ciudadana en el poder legislativo normalmente son plasmados como procedimientos que ofrecen a los ciudadanos la posibilidad de participar en la elaboración de leyes, por sí mismos o a través de asociaciones, al margen de la participación electoral y también diferenciada de la participación directa. Estas instituciones permiten a los ciudadanos presentar propuestas durante el proceso legislativo, de tal modo que los representantes de dicho poder deben tenerlas en cuenta, a pesar de no estar vinculados por las mismas, situándose así entre las instituciones de democracia representativa y las de democracia directa (Larios, 2003).

Así, la relación entre democracia representativa y participativa se plantea en términos no alternativos sino, más bien, complementarios y lo que pretende es dotar de mayor protagonismo a la sociedad civil, en la formación de la voluntad estatal (Larios, 2003; Zampetti, 1990). La participación se realiza desde organizaciones representativas o líderes académicos y sociales, sean interesados en el proceso de adopción de la decisión o expertos en la temática.

Ahora bien, los mecanismos de participación ciudadana han sido incorporados o utilizados en las democracias modernas con rasgos y características resultantes del régimen político en el que se instituyen, y como una forma de compensar la crisis de

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

representación y de deslegitimación de las instituciones formales; dando así el paso a canales alternativos y/o complementarios de los tradicionales para procesar las demandas ciudadanas en forma más efectiva (Garita Alonso, 2017)

Bajo este escenario, según ParlAmericas (2020), al legislativo le corresponde crear las oportunidades, mecanismos y metodologías para este involucramiento ciudadano en todas las etapas de elaboración de una ley, acciones que deben ser coordinadas por los responsables del proceso en cada fase y obtener desde la ciudadanía contribuciones efectivas y reales. Las instituciones de participación ciudadana contribuyen así a la revitalización del pluralismo político, ya que canalizan la expresión de las múltiples miradas políticas (Cuesta, 2007).

Mientras existan oportunidades para una participación efectiva en la toma de decisiones, las personas percibirán que el ejercicio merece la pena, lo que activaría su predisposición para participar (Held, 2007). También motivaría su compromiso y, a su vez, se intensificaría la transparencia sobre la actividad legislativa, con lo que se mejoraría no solo la legitimidad de las leyes, sino también, su eficacia (Presno, 2012).

Por otro lado, para Ortiz (2012) los mecanismos de participación son los medios para alcanzar resultados concretos por parte de grupos implicados protagónicamente. Así mismo, la institucionalización de dichos mecanismos, no solamente llevarían al cumplimiento de las formalidades de consulta y rituales de deliberación, sino que también deberían incorporar -en la lógica administrativa- los criterios vinculantes de las decisiones surgidas de instancias participativas en la gestión pública. Es así que estos mecanismos deberán buscar la calidad y eficiencia cuando se trata de recaudar e incluir la opinión del ciudadano (Martí, 2008).

Al respecto, en la actualidad, el diseño e implementación de los mecanismos sufren cambios que van de la mano con el consumo de los medios digitales, y cuando este conocimiento -científico y tecnológico- es adquirido por los diversos grupos sociales, las innovaciones y sus injerencias facilitan la expresión de la sociedad (García-Cruz, 2020).

Por su parte, en Ecuador, en la guía de mecanismos de participación ciudadana en la función legislativa[12] se definen mecanismos e instrumentos para que el ciudadano pueda exigir sus derechos, cumplir sus deberes y ejercer el control de la gestión pública, en el que, de manera oportuna, se da a conocer el momento, espacio y posibilidad de intervención de la ciudadanía en el cumplimiento de su legítimo derecho para vincularse e intervenir en los asuntos de interés público.

En este contexto, para promover la participación ciudadana en las diferentes etapas de la formación de las leyes, la Asamblea Nacional del Ecuador, cuenta además de

[12] Aprobada por la Asamblea Nacional en el año 2017.

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

los foros de consulta, recepción de sugerencias y observaciones, con los siguientes mecanismos[13]:

-Comisiones especializadas, que tienen entre sus funciones las de recibir, analizar y sistematizar las observaciones o propuestas de la ciudadanía y organizaciones sociales en la etapa de construcción de leyes para primer y segundo debate. Los aportes se procesan y citan en el informe de mayoría.

Además, para fomentar la interrelación, estas realizan semestralmente un informe de rendición de cuentas que se publica en el portal web oficial de la Asamblea Nacional, que incluye el detalle de todas las leyes tramitadas y las acciones legislativas y fiscalizadoras realizadas en dicho periodo[14].

-Casas Legislativas provinciales, espacio para la participación ciudadana y para socializar los proyectos de ley en vigencia y aquellas leyes que ya hayan sido aprobadas.

-Ruta Legislativa, espacio para establecer la interacción con la sociedad civil y fomentar la participación al poner a disposición de los ciudadanos, a través de los medios tecnológicos, la información de las actividades del legislativo, tales como las leyes aprobadas y los proyectos de ley en debate.

-Proyecto Modelos de Asamblea, como la Asamblea en mi Colegio, en mi Universidad y en mi organización, para interactuar con la ciudadanía en temáticas como: historia de la función legislativa, normas básicas de procedimiento parlamentario, metodología de la simulación y explicación de los proyectos de Ley.

3.- Metodología

Para el estudio se aplicó un análisis con enfoque cuali-cuantitativo, de tipo descriptivo, para conocer si se ha garantizado la participación ciudadana y su incidencia en el proceso de elaboración de leyes, en tiempos de pandemia desde marzo a diciembre de 2020. Para el efecto, se estudió el proceso de elaboración de las 12 leyes que fueron aprobadas y publicadas en Registro Oficial durante dicho periodo.

Se caracterizaron los diferentes tipos de mecanismos existentes, su accesibilidad y el nivel de participación ciudadana, en específico, dentro de las comisiones especializadas debido a que este es el mecanismo donde se discuten y elaboran los

[13] En concordancia con la Ley Orgánica de la Función Legislativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642 del año 2009 y sus reformas publicadas en el Registro Oficial 326-S, 10 de noviembre de 2020.

[14] Artículo 26 del Reglamento de las Comisiones Especializadas permanentes y ocasionales de la Asamblea Nacional del Ecuador del 14 de octubre de 2009

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

informes de proyectos de leyes para ser remitidos al Pleno de la Asamblea Nacional[15]. Para la recolección de datos se aplicaron entrevistas semiestructuradas a 12 representantes de las Comisiones (8 presidentes y 4 secretarios relatores).

Además, se aplicó una encuesta a 30 Asambleístas y a 30 ciudadanos participantes del proceso de elaboración de las leyes aprobadas durante el periodo seleccionado, y que en este marco fueron seleccionados de forma aleatoria a partir de los registros existentes y de las disponibilidades de acceso identificadas preliminarmente. El universo corresponde a 137 Asambleístas y 89 ciudadanos que acorde con el registro intervinieron en los mecanismos de participación. En este sentido, la muestra para la encuesta representó el 21% de los asambleístas y el 33% de los ciudadanos participantes.

En las entrevistas se incluyeron preguntas dirigidas a identificar la manera en que la ciudadanía fue convocada para discutir las leyes, los protocolos establecidos, el nivel de aportación y la percepción de la satisfacción ciudadana en el proceso de creación de las leyes. A partir de los cuestionarios de la encuesta se indagó sobre la preparación académica, etnia, género, el conocimiento sobre los mecanismos y las formas de participación, la satisfacción con los mecanismos de participación ciudadana utilizados y el grado de incorporación de aportes.

Complementariamente, se analizaron los enunciados institucionales prescritos en leyes y reglamentos para el ejercicio de la participación ciudadana en la elaboración de leyes, profundizando en su gramática y sintaxis ya que estas delinean las acciones, y siguiendo lo expuesto por Andrighetto et al. (2010) se discutió sobre su internalización en los sujetos obligados a partir de elementos claves como la consistencia, el efecto de automejora, la urgencia, el ahorro de costes de cálculo y la prominencia de la norma. Se revisó la siguiente normativa: a) Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL)[16]; b) Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC)[17]; c) Reglamento del Sistema de Gestión de Seguimiento, Evaluación de las leyes y Participación Ciudadana[18]; d) Resolución que crea el Sistema de Gestión de Seguimiento y evaluación de la Ley[19]; e) Reglamento de las Comisiones

[15] Acorde con el Art. 21 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa

[16] Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642, 27 de julio de 2009.

[17] Publicada en el Registro Oficial S. 175, 20 de abril de 2010

[18] Publicado en el Resolución CAL-2019-2021-240, 20 de julio de 2020

[19] Publicado en el Resolución RL-2019-2021-052, 21 de enero de 2020

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Especializadas Permanentes y Ocasionales[20]; f) Reglamento para la implementación de las sesiones virtuales y el Teletrabajo Emergente en la Asamblea Nacional[21].

Además, se recolectó y contrastó información a partir de la página web de la Asamblea Nacional, informes de primer y segundo debate de los proyectos de ley, y solicitudes de información a las Comisiones Especializadas.

4.- Resultados y análisis

4.1.- La internalización de las normas para la participación en el legislativo

Para el análisis de las normas relacionadas con los mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de leyes, se consideró que estas son guías prescritas que buscan producir un conjunto compartido de creencias y objetivos. Estas establecen que una acción es obligatoria, prohibida o permitida para un conjunto dado de actores, sobre los que incide la norma, en un contexto dado; y, que una medida positiva es la consecuencia de la obediencia a la norma y una sanción es consecuencia de su incumplimiento según esté prescrito (Andrighetto et al, 2010; Ullman-Margalit, 1977).

Pero el agente calcula los costos y beneficios de cumplir o incumplir la norma y luego decide cómo comportarse. Si no se genera su objetivo (obtener beneficios), se violará la norma. Por otro lado, una norma se internaliza cuando el sujeto obligado la cumple independientemente de las sanciones y recompensas externas (Andrighetto et al., 2010); pero, además, cuando el beneficiario se activa y ejerce su derecho.

En este caso, la internalización de la norma se puede producir no solo por su difusión para todos los actores, sino, por un lado, en la medida en que los legisladores comprendan cómo la participación ciudadana puede contribuir a la legitimidad de las acciones de la Asamblea Nacional, como poder legislativo, y que al mismo tiempo se favorecería la creación de valor público. Por otro lado, cuando la ciudadanía, como titular del derecho comprende su poder de incidencia para la toma de decisiones y se active, corresponsabilice y comprometa en la satisfacción de sus necesidades.

Siguiendo lo expuesto por Andrighetto et al. (2010) se analizó cómo se desarrollan algunos elementos clave para la internalización de la norma en los sujetos obligados, mismos que a continuación se detallan:

[20] Emitido el 14 de octubre del 2009

[21] Corresponde a la Resolución CAL-2019-2021-21319 de marzo de 2020, reformada mediante Resolución CAL-2019-2021-299 de agosto de 2020.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

La *consistencia* se refiere a la vinculación de las normas con otros procesos previamente internalizados o en ejecución. En este sentido se observa en la Tabla 1, en primera instancia, una consistencia entre lo prescrito en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, es decir, se deja claro el deóntico como "deber" de los asambleístas para facilitar la consulta y participación efectiva en las diferentes etapas de la formación de las leyes, así como la obligatoriedad de la transparencia de sus acciones. De igual forma, se revela que las normas subsecuentes y relacionadas como reglamentos y resoluciones se articulan con aplicación de mecanismos y registros.

El *efecto de automejora* del cumplimiento de la norma se evidencia cuando el destinatario de la norma se da cuenta de que logra sus objetivos al observarla, en este caso, la legitimidad como representantes, que les asegura también respaldo popular durante su permanencia en el cargo o votos para sus futuros emprendimientos políticos. Este efecto, sin embargo, no se produce de manera inmediata y tampoco es el producto de una única variable. Se puede indicar que una condición necesaria para la legitimidad es la apertura y participación, pero no es suficiente.

El elemento de la *urgencia* se refiere a la medida en que la norma permite responder a los problemas urgentes del legislativo, por ejemplo, la crisis de representatividad que se evidencia con las voces de la sociedad civil de ¡No nos representan!. La premisa es que, cuando el tiempo para la toma de decisiones o para resolver el problema es corto es más probable que la norma sea internalizada. En efecto, del análisis realizado a partir del estudio documental, las encuestas y entrevistas se evidenció que se ha aplicado la norma más allá de la sanción, con la expectativa de: a) fortalecer el rol de la función legislativa; b) satisfacer las demandas de la sociedad; y, c) mejorar los bajos niveles de confianza en el legislativo.

El cuarto elemento, refiere al *cálculo de costos vs beneficios* que realizan los sujetos obligados para decidir cumplir con la norma. Cuando el sujeto está seguro de que, al menos de forma general, los beneficios serán mayores que los costos, se evitará el constante cálculo. Al respecto, de la normativa, se desprende que el incumplimiento no se encuentra precisado en la respectiva sección de faltas, y sólo de manera general se podría aplicar *falta grave,* acorde con lo estipulado en la LOFL que la define como "Incumplir con los procedimientos, exceder los plazos y términos previstos en esta Ley y los reglamentos institucionales para la presentación de informes para primer y segundo debate" (Art. 170.4), y en relación con las sanciones se anota que se aplicarán "de acuerdo con lo previsto en la ley y reglamento aplicable a los servidores públicos en general" (Art. 167). No obstante, en las encuestas y entrevistas los asambleístas respondieron sobre su percepción como un beneficio al cumplir con las normas relativas a la participación ciudadana en la elaboración de leyes.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

En cuanto a la *prominencia normativa*, esta refiere al grado de actividad e importancia de la norma dentro del proceso legislativo y en un contexto como el de baja confianza y reclamos sociales. En este sentido, de las entrevistas y encuestas se desprende que, aunque la aplicación de mecanismos de participación se puede describir como una acción condicionada y una rutina activada en la elaboración de leyes; sin embargo, la prominencia se da solo en la inclusión de las acciones, pero, aún no en la incidencia o vinculación de las propuestas ciudadanas en los proyectos de ley.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Tabla 1. Normas referidas a participación ciudadana en la elaboración de leyes

Regla/Norma	Enunciado
Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC)	Art. 45, indica que: "Las distintas funciones del Estado establecerán mecanismos para garantizar la transparencia de sus acciones, así como los planes y programas que faciliten la participación activa de la ciudadanía en su gestión. Estas funciones del Estado establecerán una agenda pública de consulta a la ciudadanía, grupos y organizaciones sociales en todos los temas".
Ley Orgánica de la Función Legislativa(LOFL)	Art. 21. Establece entre las temáticas de las comisiones especializadas permanentes en el numeral 11, la de Participación Ciudadana y Control Social. Art. 110.5, se establece entre los deberes de los asambleístas el de promover, canalizar y facilitar la participación social en la Asamblea Nacional.
	Art. 157, específica que: "La Asamblea Nacional promoverá la participación efectiva de la ciudadanía en las diferentes etapas de la formación de las leyes, a través de mecanismos tales como la recepción de sugerencias y observaciones, foros de consulta, mesas itinerantes a diversos lugares del territorio nacional, entre otros. Los aportes recibidos por parte de los diferentes sectores, organizaciones o personas se procesarán a través de las comisiones especializadas correspondientes. Se establecerán mecanismos que promuevan el acercamiento e interrelación de la sociedad civil con las y los asambleístas y las comisiones especializadas".
Resolución que crea el Sistema de Gestión de Seguimiento y evaluación de la Ley	Art1. Crea el Sistema de Gestión de seguimiento y evaluación de la Ley como un mecanismo que complementa el proceso de formación legislativa y que tiene por finalidad vigilar el cumplimiento de las leyes, contribuir a garantizar su eficacia y fortalecer el rol de la Función Legislativa, como garante de los derechos establecidos en la Constitución y, en especial, de los derechos de participación ciudadana.
	Art. 3. La Unidad de Gestión de Seguimiento y Evaluación de las Leyes, mantendrá actualizada la información correspondiente en los aplicativos informáticos que se creen para el efecto y que serán de libre acceso para los asambleístas, servidores legislativos y la ciudadanía en General
Reglamento del Sistema de Gestión de Seguimiento, Evaluación de las leyes y Participación Ciudadana	Art. 2 indica que el Sistema de Seguimiento, Evaluación de las Leyes y Participación Ciudadana, tiene como finalidad, entre otros, fortalecer el proceso de formación de la ley; propender a garantizar la eficacia de las leyes; garantizar el derecho de acceso a la información; y, fortalecer la participación ciudadana, en el proceso de formación, seguimiento y evaluación de la ley.
	Art. 4 y Art. 5 indica que el Sistema incluye entre sus componente al subsistema de Participación Ciudadana y su Unidad respectiva.
	Art. 9 indica que la Unidad de Participación Ciudadana será la encargada de la implementación y adecuado funcionamiento del registro y catálogo electrónico de participación ciudadana,
	Art.11 indica que la Coordinación de Participación Ciudadana […] deberá establecer los mecanismos más adecuados, que le permitan informar a esos sectores de la población, sobre la aprobación de las leyes y los beneficios de las mismas.
	Art. 28, sobre la fase de ejecución se indica que, según la naturaleza de la información, se aplicará la participación de los sectores de la ciudadanía

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

	identificados en el plan, a través de talleres, baterías de preguntas, foros, entre otros;
	Art.32. El Subsistema de Participación Ciudadana tiene por finalidad fomentar y fortalecer la participación ciudadana en el trámite de los proyectos de ley y en el posterior seguimiento y evaluación de las leyes aprobadas […] La Unidad de Participación Ciudadana […] será la encargada de su implementación y adecuado funcionamiento.
	Art. 33, indica que el Subsistema de Participación Ciudadana contará con un registro y un catálogo electrónico.
	Art.36. Las comisiones especializadas en coordinación con la gestión de Participación Ciudadana […] podrán acceder al catálogo electrónico, con la finalidad de que […] de forma aleatoria, invite a participar a los ciudadanos inscritos en el mismo, en función de sus áreas de interés, de la temática de las comisiones, de la naturaleza del proyecto de ley en trámite o de la ley objeto de seguimiento y evaluación. El Subsistema enviará automáticamente, una notificación al correo electrónico de los ciudadanos seleccionados aleatoriamente, invitándoles a participar en el trámite de aprobación de una ley o en el posterior seguimiento y evaluación de las leyes aprobadas. El uso del catálogo electrónico, no impide que las comisiones especializadas, puedan invitar directamente a participar a la ciudadanía en el trámite […]
Reglamento de las Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales	Art. 26, indica que […], las comisiones especializadas permanentes y ocasionales […] promoverán la participación efectiva de la ciudadanía en la formación de las leyes, a través de mecanismos tecnológicos y físicos para la recepción de sugerencias y observaciones, a través de foros de consulta (blogs), mesas itinerantes a diversos lugares del territorio nacional, talleres, foros, encuentros ciudadanos, comisiones generales. Los aportes recibidos […] se procesarán en las comisiones especializadas permanentes y ocasionales, y deberán citarse en el informe de mayoría. Como mecanismos que promuevan el acercamiento e interrelación de la sociedad civil con los asambleístas y las comisiones especializadas, éstas realizarán semestralmente un informe de rendición de cuentas ante la ciudadanía […].
	Disposición General Quinta.- El proceso de formación de la ley y demás actos legislativos se desarrollarán de acuerdo a las directrices emitidas por la Secretaría General mientras medien circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, de acuerdo a lo determinado en el Código Civil, que hagan necesaria su implementación, como en el caso de la emergencia sanitaria nacional por la pandemia del COVID-19 y hasta se regularicen totalmente las actividades presenciales en la Función Legislativa.

Elaboración propia.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

4.2.- Sobre el proceso de participación en la construcción de leyes

Respecto a la convocatoria para que el ciudadano participe, una vez que cualquier proyecto de Ley es avocado y puesto en conocimiento del pleno de la comisión a la que le fue asignado su tratamiento, el procedimiento es de carácter abierto y público. Se detalla el proyecto de ley que se va a tratar en el blog de cada comisión dentro de la página web institucional; así también, la información es publicada en las redes sociales -tanto de la Comisión como de la Asamblea- De esta manera, se establece de "manera amplia y transparente las actividades que se van a cumplir día a día tanto por las comisiones como el Pleno de la Asamblea Nacional" (Entrevistado 6, 2021).

Estos mecanismos y espacios públicos de convocatoria recaen en una "ciudadanía que está muy pendiente de los temas que se llevan a la Asamblea, contrariamente a lo que se cree, que a nadie le importa lo que pasa en la Asamblea" (Entrevistado 7, 2021).

"Entonces lo que hace el secretario es elaborar una especie de agenda de comparecencia, se busca el actor o el especialista que es convocado a la sesión del Pleno en la Comisión para que sea recibido y en un tiempo de 15 a 20 min. El invitado [acorde a las flexibilidades de tiempo que tiene cada comisión y al actor invitado], en este caso el experto, presenta sus observaciones, sus aportes, sus comentarios al proyecto de ley que se está tratando" (Entrevistado 8, 2021).

Del mismo modo, los entrevistados coinciden al indicar que se realizó un procedimiento de convocatoria similar al que se hacía antes de la pandemia, con la única diferencia que el ciudadano ya no puede estar de manera presencial, sino que "ahora es al frente de una pantalla" (Entrevistado 5, 2021).

Cabe indicar que, a la Academia se la consideró también como actor en este proceso, pues es "muy importante la participación de la Academia en la elaboración de las leyes; porque, la dinámica (…) es distinta, ellos tienen conceptos o tienen preceptos muy claros y establecidos de los temas que vamos a tratar" (Entrevistado 7, 2021).

Luego de la difusión respectiva del proyecto de ley, tanto en los canales oficiales de la Asamblea Nacional como en las Comisiones, los secretarios relatores validan la base de datos conjuntamente con el presidente de la Comisión. La lista de comparecientes se determina según las peticiones de los ciudadanos, de los diferentes asambleístas y las invitaciones directas que se realicen desde la Secretaría General. Cabe indicar que, según los registros, el ciudadano no se excusa de la participación a diferencia de las autoridades de alto rango que sí suelen hacerlo según su agenda.

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Se develó que se realiza un análisis del ciudadano invitado para conocer si su representación es válida y su participación tiene fundamentos y aporte a la ley, caso contrario no se lo recibe. El Presidente de una de ellas manifestó que:

"(…) los ciudadanos que no representan a una organización, que no representan o no son miembros de alguna, no pueden participar, porque ahí se haría prácticamente una comisaría, de que venga cualquier persona que quiera decir algo en contra de otra persona y se va a tornar prácticamente una sesión de problemas" (Entrevistado 5, 2021).

Dos representantes coincidieron al indicar que debería dejarse de lado el tema burocrático en los protocolos pues no involucran al ciudadano en este proceso. Al respecto, se realizó la siguiente afirmación:

"No hay que generar más protocolo que la voluntad política de incorporar la participación ciudadana en el debate, con voluntad política las cosas se resuelven inmediatamente, si no hay voluntad política, pues tenlo por seguro que la participación ciudadana será también bloqueada" (Entrevistado 10, 2021).

Esta percepción se relaciona con lo indicado por Paño (2019) respecto a que esta interrelación con el ciudadano depende en gran parte de varias circunstancias, entre ellas las políticas. En este sentido, mientras se continúa esperando que la participación del ciudadano dependa de la voluntad de los políticos, seguirán existiendo leyes que en la práctica no representen a la mayoría, leyes descontextualizadas.

4.3.- Participación ciudadana en tiempos de pandemia para el proceso de elaboración de las leyes

Dentro del período de análisis se tramitaron 126 proyectos de ley dentro de las Comisiones Especializadas, de las cuales se aprobaron 12 leyes, que actualmente se encuentran publicadas en el Registro Oficial. Así mismo, de la revisión documental se identificó que 11 de las 12 leyes aprobadas fueron tramitadas en la Comisión del Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa, identificando que los temas económicos concitan fuertemente la participación ciudadana.

Durante el proceso de elaboración de estas leyes, la Asamblea Nacional contó con diferentes mecanismos para promover la participación de la ciudadanía durante este proceso, conforme se evidencia en la Tabla 2. Según la encuesta realizada a los ciudadanos, el mecanismo más utilizado fue la participación en las comisiones especializadas, seguido por la participación en el Pleno de la Asamblea Nacional. Al respecto, se anota que, si bien las observaciones y/o propuestas son recogidas en los informes respectivos, no obstante, estas no siempre son integradas en el proyecto de ley, por lo que la efectividad de la participación no se concreta; este

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

particular, se evidencia más adelante según el grado de satisfacción con la incorporación de aportes y proyecto de ley por parte de la ciudadanía.

Cabe resaltar que, debido a la pandemia, todos estos mecanismos se realizaron vía telemática, por tal motivo los mecanismos restantes fueron ocupados a baja escala e incluso no se evidenció la participación en la modalidad de Ruta Legislativa, ya que, por temas de bioseguridad, no era posible realizar el traslado al territorio, por lo que se redujo este mecanismo.

Tabla 2. Mecanismos de participación ciudadana y utilización. Asamblea Nacional, año 2020

No.	Mecanismos	% Utilización
1	Participación en las Comisiones Especializadas	61
2	Participación en el Pleno	26
3	Mesas itinerantes en diversos lugares del territorio nacional en coordinación con las Casas Legislativas	5
4	Participación en las Casas Legislativas Provinciales	2
5	Ruta Legislativa	0
6	Proyecto Modelos de Asamblea	3
7	Foros de consulta	3

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos (2021). Elaboración propia.

Respecto al nivel de conocimiento que se tenía sobre los mecanismos de participación dentro de la Asamblea Nacional, el 57% de los encuestados indicó no conocer sobre la existencia de los cinco mecanismos que constan como menos utilizados en la Tabla 2.

En cuanto a las características de los participantes, se evidenció que: el 80% corresponde al género masculino; el 83% cuenta con una educación de cuarto nivel; el rango de edad con mayor participación es de más de 41 años; el 28% de los encuestados se identificaron dentro de la etnia mestiza; y representaron principalmente al sector de gremios empresariales, la academia y colectivos ciudadanos. Con estos datos es posible afirmar que el perfil de participantes no corresponde al promedio de la población, sino que se identifica un enfoque hacia sectores élite en estos espacios de construcción. El tipo de organizaciones que participaron se muestra en la Tabla 3.

Cabe indicar que la participación activa de la sociedad civil tuvo por objetivo, en principio, no solo expresar opiniones, sino también influir en las decisiones de las cuales la comunidad se sienta afectada y así controlar a sus autoridades (PNUD, 2004).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Tabla 3. Organizaciones participantes

Área de Organización	%
Gremios empresariales	33
Academia	23
Colectivos ciudadanos	23
Sin fines de lucro	13
Otros	7

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos (2021). Elaboración propia.

De estos, se evidenció que el 45% de los ciudadanos participaron en la fase de discusión correspondiente a la elaboración del informe para segundo debate de las leyes, seguido por un 43% que ejerció su participación en la fase de preparación del informe para primer debate de la ley, mientras que el 12% participó en otros momentos[22].

Respecto a las formas de acceso, el 50% de los ciudadanos comparecieron de manera virtual sólo una vez en las Comisiones Especializadas, mientras que el 20% lo hizo en dos ocasiones y el 30% más de tres[23]. Es importante recalcar que su participación fue en el mismo mecanismo.

En cuanto a los niveles de satisfacción sobre el funcionamiento del mecanismo que se utilizó para la participación, cabe indicar que el 50% de los ciudadanos manifestó sentirse satisfecho o muy satisfecho en torno al tiempo de espera que tuvo que pasar para llegar a su intervención dentro de la Comisión; mientras que, el 34% lo consideró sólo como aceptable y el 16% no estuvo satisfecho.[24]

Por otra parte, se resalta que este mecanismo debido a la pandemia se lo realizó por vía telemática y, se requirió un soporte logístico para el acceso y la conectividad a la plataforma virtual. Al respecto, el 67% de los ciudadanos participantes manifestaron sentirse satisfechos o muy satisfechos en relación con la accesibilidad a esta plataforma virtual, conforme se evidencia en el Tabla 4. También, se muestra que un 60% indicó estar satisfecho o muy satisfecho con el apoyo brindado por el equipo de la Comisión para que se lleve a cabo esta conexión virtual.

[22] Encuesta aplicada a ciudadanos (2021). Ítem: ¿En qué fase de construcción de la ley, realizó su aporte y observación?

[23] Encuesta aplicada a ciudadanos (2021). Ítem: Indicar el número de veces que fue recibido virtualmente en la comisión especializada.

[24] Encuesta aplicada a ciudadanos (2021). Ítem: Califique la satisfacción percibida en relación con su comparecencia: Tiempo que le tomó para ser atendido por la Comisión Especializada

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

De esta manera, se puede afirmar que la mayoría de los ciudadanos participantes no habrían tenido inconvenientes para la conexión telemática. Esto podría deberse también a que la mayoría de los participantes tiene título de cuarto nivel, por lo que, se entiende que están familiarizados con este mecanismo tecnológico.

Los tiempos designados para su participación no se encuentran regulados. Tal es el caso, que existen Comisiones donde se les permite una participación sin límite de tiempo y en otras no. En este sentido, muchas veces se requiere de dos o tres comparecencias para terminar de abordar adecuadamente el tema tratado desde la perspectiva ciudadana. Sin embargo, en la Tabla 4 se puede ver reflejado que el 43% de las personas se encuentra satisfecho o muy satisfecho en cuanto al número de veces que fueron recibidos virtualmente.

En cuanto a las comparecencias en la comisión especializada virtual es necesario anotar que, estas incluyen no solo las relacionadas con la elaboración de leyes sino también sobre asuntos de fiscalización y la etapa previa al primer debate. Al respecto, este tipo de participación contribuye al acercamiento y construcción de confianza con el legislativo.

Tabla 4. Grado de satisfacción con acceso, soporte y atención en comisiones especializadas (Ciudadanos)

	Accesibilidad a la plataforma virtual (%)	**Apoyo del equipo de la Comisión Especializada para la conexión (%)**	**Número de comparecencias en la Comisión Especializada virtual (%)**
Muy Satisfecho	37	30	20
Satisfecho	30	30	23
Aceptable	13	27	23
Insatisfecho	13	10	23
Muy insatisfecho	7	3	11

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos (2021). Elaboración propia.

Sin embargo, que exista participación no necesariamente implica satisfacción con lo aprobado, pues esto depende del grado de incorporación de las observaciones ciudadanas al proyecto de ley. Por ello, a partir de la encuesta se preguntó a la ciudadanía, desde su percepción y evaluación, sobre la incorporación de sus aportes y observaciones. Es así que, si se revisan los datos de la Tabla 5, se puede evidenciar que el 60% de los encuestados están insatisfechos o muy insatisfechos con el grado de incorporación de sus aportes al proyecto de ley. En este contexto, es consistente que el 50% se encuentre insatisfecho o muy insatisfecho con el proyecto de ley aprobado y publicado en el Registro Oficial.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Tabla 5. Grado de satisfacción con incorporación de aportes y proyecto de ley (Ciudadanos)

	Grado de incorporación de observaciones ciudadanas (%)	Conformidad con Proyecto de ley aprobado (%)
Muy Satisfecho	0	0
Satisfecho	20	20
Aceptable	20	30
Insatisfecho	27	13
Muy insatisfecho	33	37

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos (2021). Elaboración propia.

Cabe indicar que, aunque en los registros existentes de los informes de segundo debate no siempre se incluye el detalle de las observaciones y aportes ciudadanos, a partir de las encuestas, los listados de comparecencia y los informes del primer debate se identificó que los ciudadanos sí fueron propositivos y realizaron varias sugerencias que permitirían mejorar el nivel de participación de las personas, entre estas se destaca que debe existir la difusión en centros de investigación, la academia, tanques de pensamiento y ONGs. En este sentido, se resalta la importancia de la participación activa de una ciudadanía que presione la atención en la construcción de políticas públicas, como lo expresa el autor Ortiz (2012) cuando se refiere a la acción y presión de los sectores ciudadanos para que se les dé la atención en la construcción de la política pública.

Por ello, la participación ciudadana en el proceso de elaboración de leyes no puede ser vista únicamente como un tema de expertos o representantes de organismos, puesto que su aplicación es general y de manera directa o indirecta vincula a la ciudadanía, que por contraparte quedaría fuera de este proceso, pues la democracia -sin dejar de ser representativa-, debe garantizar los derechos de participación, así lo manifiesta el autor Brewer-Carías (2011).

En términos generales, los ciudadanos encuestados perciben que la convocatoria es una formalidad, y no un intento de incluir la participación de los diferentes sectores sociales involucrados con la implementación de la política pública que se está discutiendo.

4.4.- Mirada institucional al proceso de elaboración de leyes con la aplicación de mecanismos de participación durante el período de pandemia

La Constitución de la República del Ecuador coloca al ciudadano como mandante y primer fiscalizador del poder público; en este sentido, la institucionalidad pública se convierte en la responsable de generar las facilidades y mecanismos para que la ciudadanía pueda ejercer su derecho de participación. En este caso interesa evidenciar si este precepto constitucional está claro a nivel de los servidores

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

legislativos y, por otra parte, qué percepción tienen sobre el nivel de eficiencia de los mecanismos implementados durante el proceso de elaboración de leyes en tiempos de pandemia.

Al realizar la encuesta se contó con la colaboración de Asambleístas de 10 provincias, siendo el 63% pertenecientes a Pichincha, Guayas e Imbabura; en un 63% eran de género masculino; en edades superiores a los 41 años; y, en su mayoría provenían de las Comisiones de Régimen Económico, de Regulación y Control, de Educación, Cultura y Ciencia y Tecnología y de Gobiernos Autónomos, Descentralización, Competencias y Ordenamiento Territorial relacionados con las leyes procesadas.

El análisis documental evidenció que, para el período de investigación, no existió en la Asamblea Nacional la aplicación formal de reglamentación sobre los mecanismos de participación. Fue en el año 2021 cuando se implementó el Reglamento de los Mecanismos de Participación Ciudadana de la Asamblea Nacional del Ecuador[25], en cumplimiento a lo establecido en la LOFL reformada. Dentro de las finalidades del reglamento están: "dotar de herramientas técnicas y operativas para que la Asamblea Nacional garantice el ejercicio del derecho a la participación de la ciudadanía" (Art. 2). Por lo tanto, los mecanismos de participación que se estaban implementando eran aplicados por tradición y voluntad de las diferentes comisiones.

4.5.- La participación ciudadana en pandemia desde la perspectiva institucional

Se pudo confirmar a partir de la encuesta realizada a los asambleístas que, en el periodo analizado, desde su perspectiva la satisfacción percibida en relación con la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana de tipo virtual utilizados en el proceso de construcción de leyes alcanzó el 53% con la sumatoria de respuestas anotadas como satisfactorio y muy satisfactorio. Adicionalmente, se registró un 20% de insatisfacción, como se refleja en la Tabla 6. Cabe resaltar que estos resultados son consistentes con los resultados de la percepción ciudadana anotados previamente en la Tabla 4, en la que los ciudadanos participantes manifestaron su satisfacción en relación con la accesibilidad a la plataforma virtual y con el apoyo brindado por el equipo de las comisiones para su participación a través de los medios virtuales.

Ahora bien, en cuanto a las alternativas telemáticas, antes de la pandemia ya existía la plataforma virtual pero dedicada exclusivamente a generar información a través de la página web[26], transmisiones en vivo de las sesiones de Pleno y de las Comisiones Especializadas. En este espacio es en donde el ciudadano puede

[25] Resolución CAL-2019-2021-415

[26] Dicha página web puede consultarse en: https://www.asambleanacional.gob.ec/es

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

acceder a las diferentes agendas, temas legislativos y dar seguimiento a los diferentes proyectos de ley, así como también de las votaciones que realizan los Asambleístas.

Pero, tras la pandemia, se incluyeron otras herramientas interactivas, especialmente la plataforma de servicio de videoconferencia, a través de la cual se genera la participación de la ciudadanía cuando es llamada a comparecencia en cualquiera de los mecanismos establecidos. Desde la perspectiva de los Asambleístas se entiende que no habrían existido mayores inconvenientes para adaptarse a las nuevas alternativas telemáticas de participación; es así que, el 80% respondió la calificación como aceptable, satisfecho o muy satisfecho, según se anota en la Tabla 6.

Tabla 6. Mecanismos y alternativas telemáticas para participación ciudadana (Perspectiva de los Asambleístas)

	Aplicación de mecanismos de participación ciudadana (%)	**Alternativas telemáticas de participación ciudadana disponibles (%)**
Muy Satisfactorio	13	23
Satisfactorio	40	13
Aceptable	27	44
Insatisfactorio	17	13
Muy insatisfactorio	3	7

Fuente: Encuesta aplicada a Asambleístas (2021). Elaboración propia.

De forma concordante, como se muestra en la Tabla 7, el 34% de los Asambleístas consideran que no ha existido contratiempo para que el ciudadano acceda a la plataforma virtual, mientras que un 50% consideran que el nivel de acceso es satisfactorio o muy satisfactorio.

Por otro lado, la ciudadanía participante también requiere de apoyo tecnológico para realizar su proceso de deliberación[27]. En este sentido, los Asambleístas argumentan la no existencia de mayores novedades frente a este tema, de ahí que las respuestas que calificaron como aceptable, satisfactorio y muy satisfactorio al apoyo brindado al ciudadano por el equipo de la Comisión fue del 90%, con el detalle anotado en la Tabla 7.

Con estos resultados, si se compara los niveles de satisfacción e insatisfacción en cuanto al apoyo recibido del equipo, entre las perspectivas de los ciudadanos y de los Asambleístas encuestados, se obtiene una diferencia promedio de un 3%. Esto permite indicar que, en términos generales, la percepción del apoyo recibido es positiva.

[27] Utilización de presentación o videos que deben ser proyectados

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Por otro lado, en cuanto a la conformidad en el número de veces en la que el ciudadano fue recibido en la comisión, desde la perspectiva de los Asambleístas, como se muestra en la Tabla 7 esta alcanzó el 53% como satisfactorio y muy satisfactorio, y 20% aceptable, llegando a una suma del 73% de aceptación.

Tabla 7. Grado de satisfacción con acceso, apoyo y atención en comisiones especializadas para participación ciudadana (Perspectiva de los Asambleístas)

	Accesibilidad del ciudadano a la plataforma virtual	**Apoyo del equipo de la Comisión Especializada para la conexión**	**Número de comparecencias en la comisión especializada**
Muy Satisfactorio	20	17	23
Satisfactorio	30	30	30
Aceptable	34	43	20
Insatisfactorio	13	3	23
Muy insatisfactorio	3	7	4

Fuente: Encuesta aplicada a Asambleístas (2021). Elaboración propia.

Adicionalmente, de las entrevistas a las comisiones especializadas se obtuvo que el 90% manifestó que los mecanismos y la utilización de las tecnologías no han sido una barrera para el ejercicio de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de leyes, ya que, por un lado, esto permitió una participación más efectiva, pues "los ciudadanos han sido entes activos, comprometidos en la construcción de la ley" (Entrevistado 8, 2021), y por otro, esto facilitó que el ciudadano no incurriera en gastos por traslado.

Ahora bien**,** la participación ciudadana en la toma de decisiones de los asuntos públicos se convierte en la máxima aspiración de los sistemas democráticos (Naser et al., 2021), para ello es fundamental encontrar una metodología que permita superar las barreras de representatividad y adaptación. Así como alcanzar la prominencia de la norma. No obstante, para este caso, se evidencia que en términos de participación hay mucho camino por andar, acorde con lo indicado por las máximas autoridades de cada una de las comisiones. Es así que, citando las palabras del Presidente de la Comisión de Participación Ciudadana y Control Social:

"Primero hay que partir de un hecho, la participación ciudadana tiene que ver fundamentalmente con la toma de decisiones. Entonces ¿a los ciudadanos para qué les hacemos participar? Les hacemos participar exclusivamente para entregarles información y que sean invitados de piedra. O ¿les hacemos participar para que tomen decisiones? En mi concepto no hay participación ciudadana si no hay toma de decisiones" (Entrevista a Presidente de la Comisión de Participación Ciudadana y Control Social, 2021).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Frente a esto, se debe tener en cuenta que para que un ciudadano tome parte en la elaboración de leyes, es necesario que conozca su derecho, que se empodere del mismo, que esté habilitado para aplicar la metodología que se encuentra a disposición para ejercerlo, que tenga información previa sobre el tema a tratar y, por último, que su interés de participación sea colectivo.

Se afirma además que, el dejar de lado las actividades presenciales y los encuentros territoriales con la ciudadanía no ocasionó la evasión de "la responsabilidad constitucional y ciudadana que tienen como Asambleístas" (Entrevistado 4, 2021). Esto, ya que todas las comisiones utilizaron la plataforma virtual como mecanismo para llevar a cabo las sesiones para el debate de los diferentes proyectos de ley, y de los demás temas que constaron en el orden del día de las mismas. Se contó con la participación de los integrantes de cada comisión, así como de expertos y diversos actores ciudadanos y gremios quienes estuvieron interesados en el tratamiento de la ley o se vieron afectados por la misma.

Desde las entrevistas se obtiene que, a través de los medios tecnológicos y las plataformas virtuales se ha contribuido a que se extienda la cobertura a la ciudadanía para dar a conocer los diferentes temas, proyectos de ley y la interacción por estas redes sociales. Sin embargo, el tema de la conectividad en el país es limitada; por ello, los sectores incomunicados tecnológicamente difícilmente podrían participar en este proceso.

Por otro lado, en cuanto a los resultados y la efectividad de la participación, a manera de contraste, se preguntó a los Asambleístas sobre su percepción sobre el grado de incorporación de las observaciones ciudadanas en el proyecto de ley. Es así que, en la Tabla 8, se muestra que en sumatoria un grado de aceptación desde aceptable hasta muy satisfactorio del 73%.

Tabla 8. Grado de satisfacción con la incorporación de las observaciones ciudadanas en el proyecto de ley final (Perspectiva de los Asambleístas)

	Grado de satisfacción con la incorporación de observaciones
Muy Satisfactorio	23
Satisfactorio	20
Aceptable	30
Insatisfactorio	23
Muy insatisfactorio	4

Fuente: Encuesta aplicada a Asambleístas (2021). Elaboración propia.

Sin embargo, en este caso, es importante destacar que la percepción desde la ciudadanía difiere sustancialmente con lo manifestado con los Asambleístas, pues el 60% de los ciudadanos manifestó no encontrarse conforme con la incorporación de sus aportes al proyecto de ley. Se manifiesta así la diferencia entre las expectativas ciudadanas y la mirada desde el componente político-público.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Al respecto, se resalta que, la mayoría de las leyes tramitadas fueron de carácter económico y tomadas en función del contexto de la pandemia en donde las medidas emergentes a nivel del país fueron impopulares: disminución de sueldos, despidos de funcionarios y otras que fueron consideradas incluso como vulneraciones a los derechos de los trabajadores. Con lo cual, se interpreta un sentir ciudadano inclinado a la inconformidad respecto a la ley final aprobada; por lo que, como lo recomienda la OECD (2020) es necesario continuar el esfuerzo para que los Estados construyan políticas públicas que respondan a las necesidades e intereses del ciudadano para conseguir los resultados deseados y la eficiencia en el proceso de la toma de decisiones.

Adicionalmente, conocer la percepción de los Asambleístas sobre qué tan distante se encuentra su expectativa de la ley, frente a los ciudadanos que se presentan a comparecer, permite deducir las posibles reacciones que tendría la política pública al momento de su aplicación. De ahí que es vital saber si esta percepción ciudadana es recogida y sistematizada.

En cuanto a la propuesta planteada desde la ciudadanía, se reconoce que esta "es una propuesta con el sentir desde lo local, desde el territorio, desde las necesidades" (Entrevistado 4, 2021). Sin embargo, al ciudadano le toma más tiempo llegar a presentar una propuesta legislativa por todos los requisitos que debe cumplir en comparación con el Asambleísta, quien necesita únicamente la firma de 7 legisladores.

Desde la experiencia de cada uno de los representantes dentro de sus comisiones, se anota que el 90% coincide que en gran medida los aportes ciudadanos en efecto son escuchados y recibidos en el proceso de elaboración de leyes que cada una ha tramitado. Sin embargo, esto no significa que todos estos aportes sean plasmados finalmente dentro del proyecto de ley, por diferentes motivos (aplicación legal o inconstitucionalidad por ejemplo); así también, del consenso al que finalmente lleguen los miembros de la comisión al momento de aprobar los informes previos a ser debatidos en el Pleno de la Asamblea, donde finalmente todo cuerpo normativo es perfectible y la participación ciudadana continúa. "Siempre es importante escuchar a la ciudadanía y escuchar a las personas que realizan sus aportes" (Entrevistado 12, 2021).

En relación al porcentaje del nivel de aportación ciudadana para la creación de leyes, un 30% desconoce este dato, mientras que la mayoría considera que sí existen porcentajes significativos de las propuestas ciudadanas en los proyectos de ley, estableciendo una media que oscila entre el 20, 50 hasta el 70% del nivel de aportación ciudadana. Se considera además que "Mientras más transparente sea un proceso para construcción de una ley, más se toman en cuenta los aportes para los ciudadanos" (Entrevistado 11, 2021).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

No todos los aportes ciudadanos finalmente son incorporados en el texto final de la aprobación de una ley, y esto es un factor también que influye en la satisfacción, "dependerá de qué lado de la orilla estés […], el ejercicio es eso, la participación ciudadana que en un país democrático puedan expresar su postura y obviamente puedan debatir a la altura de las situaciones" (Entrevistado 12, 2021).

Sobre la satisfacción que tuvieron los ciudadanos con respecto a su participación**,** el 60% de los entrevistados indicaron que no existe dentro de la Asamblea Nacional un mecanismo que permita medir el nivel de satisfacción ciudadana en el proceso de elaboración de leyes.

"Esta es una gran falencia dentro de la institución, debería existir una dirección, así como existe la Secretaría de Comunicación, la Secretaría de Asuntos Internacionales, debería existir también una Secretaría que mida el impacto de las leyes creadas, todos los impactos de las leyes aprobadas por la Asamblea. Esto es fundamental" (Entrevistado 11, 2021).

Pero, en específico, el 70% de los entrevistados y por la labor desempeñada dentro de sus comisiones consideran que los ciudadanos estuvieron satisfechos en su participación en este proceso. Se resalta que "la intención en su mayoría de la ciudadanía no es tener el protagonismo de un actor político, la ciudadanía lo que busca realmente es aportar" (Entrevistado 8, 2021), y esto deben tenerlo muy claro los representantes dentro de la Asamblea Nacional.

De manera propositiva la tendencia en el pensamiento de los Asambleístas entrevistados, así como de los encuestados, es que la participación ciudadana debe ser sistemática. Puesto que, al momento depende de la voluntad de la institucionalidad de la Asamblea en los procesos de convocatoria, y del conocimiento de los ciudadanos que, empoderados de sus derechos, presionan la participación al interior del proceso de elaboración de leyes.

Uno de los mecanismos que impulsan a considerarlo de gran potencial es el denominado *Asambleísta por un día.* Los Asambleístas coinciden en lo argumentado por Delgado-Algarra (2017) que indica que la Democracia no es un sistema alcanzado o definitivo, sino una aspiración, y en permanente proceso de construcción.

Se anota con los resultados expuestos que las acciones y mecanismos adoptados por la Asamblea Nacional durante la pandemia, en el período marzo-diciembre de 2020, sí garantizaron la existencia de participación ciudadana en el proceso de elaboración de leyes. La metodología de participación ciudadana no cambió durante la pandemia, aunque los mecanismos se aplicaron a través de alternativas virtuales y mediante plataformas telemáticas.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

Sin embargo, esto no significa que el proceso participativo haya sido el más adecuado, sobre todo en lo referente a la convocatoria, pues es notorio que existe una selección de los ciudadanos participantes generada desde los funcionarios legislativos; principalmente, en las comparecencias al interior de las Comisiones, uno de los espacios más sensibles durante el debate de los diferentes proyectos de ley.

5.- Conclusiones

La metodología que rige a los mecanismos de participación a los que pueden acceder los ciudadanos para tomar parte en el proceso de elaboración de leyes hasta el momento de la investigación no estaba reglamentada; por tanto, dependía de la voluntad de los funcionarios su implementación.

El proceso de participación ciudadana, tal como tradicionalmente se la venía haciendo, no reflejó afectación en tiempos de pandemia, pues lo que cambió fue la inclusión y aprovechamiento tecnológico, y esto fue posible debido a que la ciudadanía convocada en su gran mayoría tiene perfiles académicos, especialmente de cuarto nivel, que ya se encuentran familiarizados con este tipo de tecnologías.

Sin embargo, la inexistencia de un procedimiento eficiente de convocatoria no ha permitido lograr la cobertura a nivel general de la ciudadanía, pues el método vigente se centra únicamente en académicos y grupos de ciudadanos que se consideran representativos de un determinado sector de la población. Esto se contrapone con lo establecido en la Constitución de la República en cuanto a los principios de participación.

Además, se garantizó únicamente la comparecencia del invitado, llegando así a los niveles básicos del proceso participativo, es decir los relacionados con la posibilidad de exponer y emitir recomendaciones, y esto no cambió durante el período de pandemia, pues se sigue realizando el mismo procedimiento con el apoyo de plataformas digitales. Es notoria la falta de acciones y mecanismos de la institución para garantizar una participación efectiva que incida en el proceso de toma de decisiones, y esto se refleja en la insatisfacción manifestada en cuanto a la incidencia y uso de los aportes ciudadanos.

En relación con lo indicado, resulta relevante que se automatice el proceso de sistematización de los aportes e intervenciones ciudadanas; de tal forma que, se pueda verificar de una forma ágil la inclusión de las observaciones y, así mismo, que se evidencien las razones cuando estas no son acogidas. Esto sería un paso importante para evitar que la participación sea únicamente simbólica.

La mirada institucional de la participación ciudadana corresponde a un nivel de asesoría como aporte al proceso de elaboración de leyes. Esto, además de los espacios de contraloría social donde el ciudadano tiene derecho a informarse, opinar y disentir sobre la construcción de políticas públicas que podrían estar afectándolo.

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

A pesar del contexto de la pandemia, en el que se puso en evidencia el elemento de urgencia en la atención de la normativa relacionada con la participación en los procesos legislativos, así como de los posibles beneficios de cumplir con la norma, del análisis se desprende que no se ha alcanzado una prominencia de la norma, ni su internalización. Los legisladores están aún lejos de comprender cómo la participación ciudadana puede contribuir a la legitimidad de sus acciones, al tiempo que se dificulta la incidencia de la ciudadanía en la toma de decisiones.

Por otro lado, como positivo se destaca el nivel de satisfacción de la ciudadanía encuestada sobre la accesibilidad a los mecanismos de participación para el proceso de elaboración de leyes es catalogado a nivel general como aceptable y muy satisfecho, lo cual va en consonancia con la percepción de los Asambleístas encuestados y entrevistados.

Finalmente, se anota que durante el proceso de investigación, la Asamblea Nacional dio a conocer que se ha impulsado el desarrollo de herramientas telemáticas interactivas destinadas para ampliar la cobertura de los procesos de participación, a través del Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Ley integrada al Subsistema de Participación Ciudadana.

Bibliografía

ALONSO MUÑOZ, R.I. 2020. "El Parlamento Abierto como mecanismo de rendición ético-social de cuentas en la discusión sobre la seguridad en México". *Deusto Journal of Human Rights*, (5), 125-154.

ANDRADE, P. 2009. *Democracia y cambio político en el Ecuador. Liberalismo, política de la cultura y reforma institucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional.

ANDRIGHETTO, G., Villatoro, D. y CONTE, R. 2010. "Norm internalization in artificial societies". *Ai Communications*, 23(4), 325-339.

BENITEZ PALMA, E. 2015. "Nuevas tecnologías, actividad parlamentaria y proximidad: Una experiencia personal". *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (9), 127-134.

BREWER-CARÍAS, A. 2011. *Retos de la Democracia y de la Participación Ciudadana: Sobre la democracia participativa y sus falacias*. Editorial El Rosario, Bogotá. (pp.35-52).

CLAD. 2009. Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

CRUZ G., L. D., y MBALLA, L. V. 2017. "Mecanismos de participación ciudadana en las políticas públicas en América Latina". *Políticas Públicas*, 10(1).

CC BY SA

CUESTA L., V. M. 2007. Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional (Doctoral dissertation, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

DELGADO-ALGARRA, E. 2017. *Evolución histórica de la democracia y la participación ciudadana en Occidente: Bases epistemológicas para la educación ciudadana*. Primera Edición, Sevilla.

ESPINOSA, M. 2009. "La participación ciudadana como una relación socio-estatal acotada por la concepción de democracia y ciudadanía, Andamios". *Revista de Investigación Social*, 5 (10). Universidad Autónoma de la Ciudad de México, Distrito Federal, México.

FONT, J., BLANCO, I. 2006. *Experiencias de participación ciudadana polis, la ciudad participativa participar en los municipios: ¿quién?, ¿cómo? y ¿por qué?*. Editores Barcelona: Diputació Barcelona.

FUNDAR, Centro de Análisis de Investigación. 2015. Participación ciudadana para hacer leyes. https://fundar.org.mx/participacion-ciudadana-para-hacer-leyes/

GARCÍA-CRUZ, J. 2020. "El modelo argumentativo de toulmin como elemento epistémico para la participación ciudadana: Una aproximación en tiempos de pandemia". *Revista de Filosofía, Arte, Literatura, Historia*. Universidad Autónoma Metropolitana, México.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. 2015. "Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana". *Teoría y realidad constitucional*, 36, 171-216

GARITA ALONSO, A. 2017. "Mecanismos de participación ciudadana en el ámbito del Poder Legislativo Federal". *Pluralidad y Consenso*, 6(29), 166-191.

GONZÁLEZ MARREGOT, M. 2005. "La participación ciudadana como alterativa de gobierno". *Revista Aportes Andinos*, 14. *Participación y Ciudadanía,* 1-5

GONZALO, M. 2017. "Participación Ciudadana y Actividad Parlamentaria (Citizen Participation and Parliamentary Activity)". *Oñati Socio-Legal Series*, 7(5), https://ssrn.com/abstract=3059482

HELD, D., 2007. *Models of Democracy*.3a. Ed. MA, USA: Polity Press

LARIOS, M.J. 2003. Participación de los ciudadanos en el Procedimiento Legislativo: La nueva regulación de la iniciativa legislativa popular y las comparecencias legislativas. http://revistes.eapc.gencat.cat

MARTÍ, J. 2008. *Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa*.

Sección Casos y Sistemas Comparados
Participación ciudadana en la elaboración de leyes…
por Karina Herrera e Irma Jara Iñiguez
Págs. 311-344
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

NASER, A., WILLINER, A., y SANDOVAL, C. 2021. *Participación ciudadana en los asuntos públicos: un elemento estratégico para la Agenda 2030 y el gobierno abierto*. CEPAL.

NOTO, G. O., y FLISFISCH, Á. (Eds.). 2014. *Ciudadanía política: voz y participación ciudadana en América Latina*. Siglo Veintiuno Editores.

OCHOA, G. 2011. "¿Participación o incidencia ciudadana?". *Germina*. https://germina. cl/secciones/articulos/% c2% bfparticipacion-oincidencia-ciudadana.

OECD. 2020. *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020.* OECD Publishing, Paris.

ORTIZ, L. 2012. "La instancia publica de la gestión. Algunas consideraciones sobre la participación ciudadana en el Estado". *Reforma y Democracia* Revista del CLAD, 54.

OSPINA PERALTA, P. E. 2013. "La participación ciudadana en Ecuador (2009-2012)". En Gina Benavides Llerena, y María Chávez Núñez (Eds). *Horizonte de los derechos humanos Ecuador 2012*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, 2013. pp. 147-161

PAÑO YÁÑEZ, P. 2019. "Nuevo constitucionalismo vs desconstitucionalización en américa latina: El ejemplo de la institucionalización de la participación ciudadana en ecuador desde 2006". En P. Paño Yáñez, R. Rébola, y M. S. Elías (Eds.), *Procesos y Metodologías Participativas: Reflexiones y experiencias para la transformación social* (pp. 130–148). CLACSO. https://doi.org/10.2307/j.ctvtxw3sz.11

PARÉS, M. 2009. "Introducción: participación y evaluación de la participación". En Marc Parés (Coord.), *Participación y Calidad democrática. Evaluando las nuevas formas de democracia Participativa* (pp. 15-26). Barcelona: Ariel Ciencia Política.

PARLAMERICAS. 2020. Kit de herramientas: Participación ciudadana en el proceso legislativo.

PARLAMERICAS. 2017. Participación ciudadana en el proceso legislativo. http://parlamericas.org/uploads/documents/Kit%20de%20herramientas_Participaci%C3%B3n%20ciudadana%20en%20 el%20proceso%20legislativo.pdf

PÉREZ ALBERDI, M.R. 2008. "Los derechos de participacion en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente", *Revista de Derecho Político*, (73), 2008, pp. 181-205.

PÉREZ-MONEO, M. 2018. "Mecanismos de participación ciudadana en sede parlamentaria". *Revista General de Derecho Constitucional*, 2018, 26, 1-32.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.245

PRESNO, M.Á. 2012. "La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia". *Asamblea, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 85-121

PRIETO-MARTÍN, P., RAMÍREZ-ALUJAS, A. 2014. "Caracterizando la participación ciudadana en el marco del Gobierno Abierto". *Revista del CLAD Reforma y Democracia,* (58), 61-100.

PNUD. 2004. *Desarrollo Humano en Chile 2004: el poder, ¿Para qué y para quién?* Santiago: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

REYES RODRÍGUEZ. 2000. "El Proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional". *Isonomía*, (13), 191-204.

SÁNCHEZ, S. 2010. Participación ciudadana en el procedimiento legislativo y control previo de constitucionalidad de proyectos de ley. Quito, 2010, 101 p. Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J., y GIRALDO PALACIO, M. 2017. *La participación ciudadana como mecanismo para la construcción de una gobernanza colaborativa*, pp. 227-250.

RAMOS VIELBA, I. GONZALO, M. Á., y CAMPOS, E. 2013. *Parlamentos abiertos a la sociedad: participación y monitorización*. Fundación Ideas.

ULLMAN-MARGALIT, E. 1977. *The Emergence of Norms*, Clarendon, Oxford.

ZAMPETTI, P. L. 1990. "Democrazia Rappresentativa e Democrazia Partecipativa", en G. GERIN (ed.): *Ouarant'anni dalla Costituzione*, CEDAM, Padova.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

La transparencia en la Administración: la experiencia de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias

María Ángeles Rodríguez Pérez[1]
Comunidad Autónoma de Canarias
España

ORCID: 0009-0001-7999-7514

RECIBIDO: 28/01/2022
ACEPTADO: 24/01/2023

RESUMEN[2]: La transparencia es una exigencia de todo Estado democrático de derecho, como principio rector de la actuación de la Administración pública y el derecho de acceso a la información pública una de sus principales manifestaciones. El derecho español ha tardado en hacer efectivo este derecho a través de un desarrollo legal propio, tras incluirse en el Texto Constitucional; y lo ha hecho mediante una ley ordinaria, no como parte de la doctrina que defendía otorgarle el carácter de derecho fundamental. Así, también debe ser vocación política la de contribuir a potenciar los principios y valores de la democracia participativa a través del cumplimiento de la normativa por todo el personal obligado a ello. En análogos términos podemos referirnos a las leyes administrativas, en algunas de las cuales se ha incorporado la transparencia como principio de actuación de la Administración, lo que bien merece que la transparencia se convierta en un objetivo prioritario de todo gestor público.

PALABRAS CLAVE: Transparencia, Gobierno Abierto, Administración pública, Canarias.

[1] Jefa de Servicio de Asuntos Generales de la Viceconsejeria de Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias. Ha desempeñado diversos puestos en la administración autonómica y local durante los últimos 15 años. Cuenta con publicaciones sobre organización administrativa y otras materias, siendo ponente en cursos vinculados con la transparencia y en el ámbito educativo.

[2] Este artículo se elabora con base en la Memoria presentada por la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias al Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública sobre el cumplimiento por la Administración Autonómica de Canarias de las obligaciones de transparencia derivadas de la Ley 12/2014, de 26 de mayo, de transparencia y acceso a la información pública en el año 2016.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

CONTENIDOS: 1. El nacimiento de la transparencia en el Derecho comparado. 2. Regulación jurídica de la transparencia y el acceso a la información pública en el Estado español. *2.1. Su incipiente aparición legal, en los tribunales y en la doctrina. 2.2. La "anhelada" Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno 2.3. El marco competencial autonómico y normas de referencia.* 3. La Administración Autónoma Canaria: políticas de implantación de la transparencia. *3.1. La Ley Canaria 12/2014, de 26 de diciembre. 3.2. Experiencias al amparo de la Ley Canaria de Transparencia.* 4. Conclusiones. – Bibliografía.

The experience of the Public Administration of the Autonomous Community of the Canary Islands

ABSTRACT: Transparency is a requirement of every democratic State of law, as a guiding principle of the actions of the Public Administration and the right of access to public information one of its main manifestations. Spanish law has been slow to enforce this right through its own legal development, after being included in the Constitutional Text; and has done so through an ordinary law, not as part of the doctrine that avocated granting it the character of a fundamental right. Thus, it must also be the political vocation to contribute to the strengthening the principles and values of participatory democracy through compliance with the regulations by all personnel obliged to do so. In similar terms we can refer to administrative laws, in some of which transparency has been incorporated as a principle of action of the Administration, which well deserves that transparency becomes a priority objective of every public manager.

KEYWORDS: Transparency, Open Government, Public administration, Canary Islands.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

1. EL NACIMIENTO DE LA TRANSPARENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

El derecho originario de los Tratados[3], premisa que sustenta el cuerpo normativo de la Unión Europea, ejerce influencia sobre los ordenamientos jurídicos de los estados nacionales. En análogos términos se debe precisar que los actos normativos aprobados por las instituciones europeas han sido construidos conforme al derecho derivado europeo. En concreto, por lo que se refiere al régimen jurídico de acceso a la información que obra en las instituciones comunitarias, se reguló específicamente en el *Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión*[4]. Con anterioridad, en el año 2000, se había incluido como derecho fundamental en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que se revisó en el año 2007 en Estrasburgo, y adquirió naturaleza jurídica obligatoria desde el año 2009, con la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*. En el artículo 15.3 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* se consagra definitivamente y se amplía el derecho de acceso a todos los órganos, oficinas y agencias de la Unión Europea.

Con la firma del Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos del año 2009, se abordó una somera simplificación del procedimiento de acceso -como la posibilidad de la no identificación del solicitante, a excepción de que sea indispensable para tramitar la solicitud de acceso, o la de

3 La Declaración nº 17 sobre el Derecho de Acceso a la Información (O.J.C 191, 1992), que se incorporó al Tratado de Maastricht, alumbró por primera vez este derecho. Un año más tarde se aprobó por la Comisión y el Consejo «El Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y la Comisión», desarrollado por Decisión del Consejo 93/731/CE, Decisión de la Comisión 94/90ECSC y Decisión del Parlamento Europeo 97/632/CE, relativas, respectivamente, al acceso público a los documentos del Consejo (DO L 340, 31 de diciembre de 1993); al acceso público a los documentos de la Comisión (DO L 46, 18 febrero 1994); y al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo (DO J 263, 25 de septiembre 1997). Posteriormente, se regula por primera vez -al modificar los Tratados en Ámsterdam- el derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión «por los ciudadanos o personas que residan o tengan su domicilio social en la Unión Europea, y de conformidad procedimental con el artículo 189 B, así como las condiciones y principios que establezca el Consejo y cada una de las instituciones en sus reglamentos internos» (artículo 255).

4 Según el tenor literal del artículo 42 de la mencionada Carta Europea de Derechos Fundamentales del año 2000 y el artículo 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Por su parte, el Reglamento permite el acceso no sólo a los documentos elaborados por las instituciones comunitarias, sino también respecto a los que sean recibidos por ellas; si bien un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue a terceros un documento que tenga su origen en dicho Estado sin su consentimiento previo, así como el caso de que un Estado reciba una petición de información respecto de un documento cuyo origen esté en una institución comunitaria, a la que consultará previamente (salvo que con claridad se deduzca su acceso o denegación) o remitirá la solicitud».

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

examinar una copia del expediente y no obligatoriamente el original[5]-, pero no se prestó atención al análisis de los documentos que emitían las Instituciones europeas para obtener un enfoque de su acceso más apropiado, o a la creación de un órgano de control del ejercicio del derecho de acceso.

La evolución de su regulación atendería después a centrarse en la búsqueda de una ponderación razonada, en el momento de conceder el acceso a la información pública, entre el interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados -en particular, la protección de sus datos personales[6]-; pero el enfoque desde el que se construyó este derecho y su desarrollo fue puramente procedimental, ya que el mismo se inicia a través de una solicitud de acceso, con unos límites, unas causas de inadmisión tasadas, con especial atención a las fases de la tramitación y la resolución del procedimiento; lo que ha originado un antagonismo a la hora de conciliarlo con otros derechos o a la insuficiente repercusión en los ciudadanos. Será por tanto la legislación sectorial, con base en el principio de especialidad, y la evolución de la jurisprudencia[7] las que contribuirán a perfeccionar su régimen jurídico.

Por último, hay que señalar que hoy en día todas estas políticas se integran en una estrategia de transformación más intensa, bajo la denominación de "Gobierno Abierto", que consiste en la aprobación de estrategias, planes y programas para promover simultáneamente *los principios informadores de la transparencia, fomento a la participación ciudadana y la colaboración ciudadana*[8]. El nuevo contexto se

5 Otros ejemplos son la obligación de resolver el procedimiento con prontitud o la posibilidad de obtener una copia en cualquier formato razonable.

6 Para un estudio en profundidad acerca del derecho a la información pública y del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal *vid.* GUICHOT REINA, E. (2009) y DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. (2007).

7 Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reseñadas a continuación son importantes en relación a la consagración, como parte del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del derecho de acceso a la información pública, y son sus fechas las de: *14 de abril de 2009, caso "Társagág a Szabadságjogokert", frente a Hungría; 26 de mayo de 2009, caso "Kenedy"; y 25 de junio de 2013, caso "Youth Iniciative form Humn Rights", frente a Serbia*, entre otras.

8 El fenómeno político de "*Open government*" apareció en Gran Bretaña en el último tercio del siglo XX como orientación de la política al servicio de la ciudadanía. Treinta años más tarde, en el año 2009, en Estados Unidos Barack Obama aprobó la denominada "*Open Government Directive",* Directiva elaborada para ordenar a los distintos departamentos y agencias ejecutivas de su Gobierno que tomasen medidas en aras a implementar la rendición de cuentas, la participación y la colaboración. Conceptualmente, la OCDE lo definió en el año 2016 como «una *cultura de gobernanza basada en políticas públicas y prácticas innovadoras y sostenibles que se basan a su vez en unos principios de transparencia, rendición de cuentas y participación que promueven la democracia y el crecimiento inclusivo». En* este sentido, la

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

enmarca en lo que podríamos denominar también como la *transparencia digital* y la *reutilización* de la documentación pública, aunque no siempre la innovación tecnológica se traduce en auténtica innovación en la Administración pública.

2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO ESPAÑOL

2.1. Su incipiente aparición legal, en los tribunales y en la doctrina

El acceso a la información pública se ha configurado, en diversos países del ámbito comparado[9], entre los derechos y libertades fundamentales, y goza de mayores garantías de protección; en otros, la propia Constitución lo reconoce, pero sin el carácter de derecho fundamental; y en ocasiones se regula, con base en el principio de especialidad, por una norma legal relativa a esta materia[10].

En España este derecho viene consagrado en la Constitución española, aunque no se enmarca en la Sección 1, del Capítulo II, del Título I del Texto Fundamental, y por tanto, no participa del carácter de derecho fundamental, ni le resulta de aplicación las máximas garantías reconocidas en el Capítulo IV, del citado Título I de la CE. Se trata de un derecho subjetivo legalmente configurado, consagrado expresamente en el artículo 105 b) de la CE, al señalar que «*la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*». A pesar de ello han surgido posturas doctrinales críticas cercanas a su configuración como derecho fundamental[11].

transparencia se concreta como algo más allá de la obligación legal de incorporar información pública en un portal de internet, porque el Gobierno Abierto introduce la interacción con la ciudadanía en el control de la gestión y los resultados de la actividad ejecutiva y administrativa: «*aquel que es capaz de entablar una permanente conversación con los ciudadanos con el fin de escuchar lo que dicen y solicitan; que toma sus decisiones centrándose en las necesidades y preferencias de estos; que facilita la participación y la colaboración de la ciudadanía en la definición de sus políticas y en el ejercicio de sus funciones; que proporciona información y comunica aquello que decide y hace de forma transparente; que se somete a criterios de calidad y de mejora continua; y que está preparado para rendir cuentas y asumir su responsabilidad ante los ciudadanos a los que ha de servir» (art. 3 b de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura).*

[9] La *Freedom of the Press Act*, en el año 1766, fue la primera ley en regular la libertad de empresa y el derecho de acceso a los documentos, en este caso, del Gobierno sueco. En la segunda mitad de los noventa, aparecen diversas leyes en nuestro continente y en Norteamérica (Finlandia, EE.UU y Francia), siendo importante el incremento de normas aprobadas en esta materia durante la década de los ochenta.

[10] Para un análisis en detalle, vid. AA.VV. (2014).

[11] En este sentido, el grupo de expertos que trabajó en la elaboración de las diversas propuestas para la aprobación de la ley estatal de transparencia, en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales;

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

Desde el punto de vista jurisprudencial, el TS ha reconocido la aplicabilidad directa de este derecho sin necesidad de que exista un desarrollo legal:

> «*El derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación. Está enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva reestructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Este derecho está reconocido por la Constitución en el artículo 105 b) (…). Aun cuando este precepto pudiera pensarse que condiciona la aplicación de este derecho a su desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional, considerando su valor sustantivo, ha estimado, en aplicación del principio de la fuerza normativa directa de la Constitución, que dicho precepto es aplicable directamente, sin necesidad de esperar a su desarrollo legislativo*» (STS del año 2000, de fecha 14 de noviembre, rec. 4618/1996).

Con anterioridad, la doctrina iusadministrativista, en la última década del siglo XX, había abordado este derecho a través de jornadas o estudios científicos, como el Profesor Gaspar Ariño Ortiz, en la impartición de su Ponencia sobre "*Transparencia y participación en la Administración pública española*" (en unas Jornadas realizadas en el año 1994, con fechas 27 y 28 de junio, bajo el título de "*Ciudadanos y reforma administrativa",* en la Universidad de Getafe) o el Profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz, en su Ponencia "*Sobre la Transparencia en la Administración pública*" (Conferencia impartida en las "*Terceras Jornadas Gallegas sobre economía de las corporaciones locales",* celebradas en Santiago de Compostela, del 17 al 18 de noviembre de 1994).

Con todo, el reconocimiento legal del derecho de acceso a la información pública con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa específica en el año 2013, lo encontramos limitado al acceso a documentos en expedientes siempre que estuviesen finalizados y en fase de archivo, según estableció la normativa básica del procedimiento administrativo común[12], por lo que no se cumplía con las previsiones del artículo 105.b de la Constitución, ni se regulaba ningún trámite procedimental que recogiera las garantías formales en aras a la seguridad jurídica en el acceso a los documentos únicamente por parte de los interesados.

o en las formuladas para el Consejo General del Poder Judicial, en la construcción del procedimiento para gestionar las peticiones de acceso en dicha Organización, de 9 de diciembre de 2014.

[12] *Vid* artículo 37 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

En análogos términos, tampoco el régimen local cumplió con la función de garantizar a la ciudadanía las reglas del acceso a la actividad pública municipal, por cuanto la vigente Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local regula en su Título V, bajo la rúbrica *Disposiciones comunes a las entidades locales*, Capítulo IV, sobre *la Información y participación Ciudadana*, la publicidad de los archivos y registros a través de la Oficina de información, el Tablón de anuncios y mediante consulta de los documentos en el lugar en que se encuentran custodiados, o a través de la expedición de certificaciones y testimonios[13].

Y desde el punto de vista sectorial, entre otras normas en materia de función pública, contratación o actividad subvencional, debemos destacar la legislación reguladora del Patrimonio Histórico Español -*Ley 19/1985, de 25 de junio*-; la relativa a la materia medioambiental, respecto a su acceso a la información, a la justicia y al régimen de participación ciudadana -*Ley 27/2006, de 18 de julio*-; y la que respecta a la reutilización de la información del sector público -*Ley 37/2007, de 16 de noviembre*.

Por último, y en lo referente al ámbito de la Administración de Justicia, el artículo 120 de la CE establece expresamente que «*las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que establezcan las leyes de procedimiento».* En este sentido, la *LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* ha reconocido el *principio general de publicidad de las actuaciones judiciales* (art. 232), para cuyo acceso debe acreditarse un interés legítimo; ha regulado el *acceso al texto de las sentencias fijando una serie de limitaciones* (art. 235 bis), en particular, el *carácter público del fallo de las sentencias condenatorias firmes en materias especialmente relevantes para el control fiscal* (art. 235 *ter*)[14]; y realizada una referencia expresa a la *posibilidad de que, por ley, se establezca la preceptiva publicidad de las sentencias judiciales* (art. 260).

2.2. La "anhelada" Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

Diez largos años de reivindicaciones sociales tuvieron que suceder hasta que prácticamente a finales del año 2013 se logra la aprobación en las Cortes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y

[13] Por su parte, la Ley 27/2013, de 27 de abril, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local introdujo la obligación de publicar la masa salarial del personal laboral del sector público local y semestral del número de personal eventual tanto por medios electrónicos como en los boletines oficiales correspondientes (artículo 103 *bis* LRBRL).

[14] Artículo introducido mediante Ley Orgánica 10/20215, de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

Buen Gobierno (en lo sucesivo, LTAIBG), erigida conforme a las competencias exclusivas del Estado[15].

Con anterioridad algunas Comunidades Autónomas ya habían aprobado su propia normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. Éste es el caso de la Región Autónoma de Galicia, que dictó la *Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega* –innovadora porque contempló expresamente los derechos de participación-, derogada en la actualidad por *Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno*. También la Comunidad Autónoma de Baleares aprobó, en un marco común regulador relativo a la administración electrónica y a la calidad de las políticas públicas y su evaluación, la *Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Baleares*, que en la actualidad ya ha sido derogada por *Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno*. Por su parte, la *Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto* reguló conjuntamente las *políticas de transparencia*, *medidas de racionalización*, *simplificación y de mejora de la calidad*[16], norma cuya mayoría de títulos han sido derogados por la *Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Y la *Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura*, que toma como modelo la Ley estatal, al estarse tramitando en esos momentos.

La LTAIPBG se aplica, a excepción de su Título III referido al *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, a todo el ámbito nacional, y enumera las obligaciones de transparencia diferenciando entre *publicidad activa -la obligación de proporcionar, sin que nadie formalice una solicitud, aquella información de mayor relevancia* y, en concreto, datos sobre la *información organizativa y de planificación, institucional, de naturaleza económica, presupuestaria y estadística y de relevancia jurídica de los entes*

[15] Entre los años 2004 a 2008 esta materia empezó a contemplarse en los diferentes programas electorales, así como *la Organización no gubernamental de Transparencia Internacional* realizaba reuniones de la plataforma "Coalición pro acceso" (formada por la unión de varias ONGs) y elaboraba informes, y la prensa escrita ya comenzaba a presionar en la materia. En agosto de 2010 se elabora el primer borrador de Anteproyecto de ley, aunque nunca llegó a tramitarse. A continuación, podemos enumerar lo acontecido a lo largo del año 2011: 1) El 7 de abril el partido político UpyD presentó una proposición de ley orgánica; 2) el 28 de junio, el mismo día que se iniciaba el *Debate sobre el Estado de la nación*, el Partido Popular presentó una proposición de ley de transparencia; 3) el 29 de junio se aprobó por unanimidad una moción en el Congreso para que el Gobierno presentara un proyecto de ley antes de finales de agosto; 4) después de la celebración de dicho Debate, el 30 de junio, acordaron, por unanimidad, elaborar una Resolución para impulsar al Gobierno, antes de agosto, a presentar un proyecto de ley de transparencia, que fue el Anteproyecto de 29 de julio; 5) todos los partidos comenzaron a incorporar en sus programas electorales la transparencia y el acceso a la información pública como objetivos a implantar en las organizaciones públicas; 6) las proposiciones de ley del PSOE y de UpyD se presentaron en el mes de diciembre. Por último, el 23 de marzo de 2012, se elaboró el *Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* y se abrió un período de consulta pública.

[16] Como elemento innovador esta normativa supuso una transformación del sentido del silencio administrativo, pasando a ser de carácter positivo.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

obligados a ello- y el *ejercicio del derecho subjetivo de acceso a la información pública*[17].

La acción parlamentaria en la materia originó un extenso debate sobre el ámbito de aplicación de la Ley, sobre todo acerca de los sujetos obligados, que finalmente englobó, además de las Administraciones Públicas[18], y en lo referente a sus actividades sometidas al Derecho Administrativo, al Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, a la Casa de su Majestad el Rey, al Tribunal de Cuentas, al Consejo Económico y Social, al Defensor del Pueblo y a sus instituciones análogas autonómicas, al Banco de España, a las organizaciones sindicales y empresariales y a los partidos políticos, a las corporaciones de derecho público –en lo referente a sus funciones sometidas al Derecho Administrativo- y a todas las entidades privadas que reciban una asignación concreta subvencional. Asimismo, es de aplicación a las personas que ejerciten potestades administrativas o realicen servicios públicos y a quienes resulten adjudicatarios de la contratación pública. Por lo que respecta al poder legislativo -incluido el estatal y el autonómico– contemplará en su normativa la aplicación específica de las estipulaciones de la Ley estatal.

Huelga decir que, respecto a esta amplitud en la definición del ámbito subjetivo que recoge la Ley, es notoria su vocación de ser normativa básica en la materia, y que las leyes específicas reguladoras de todos aquellos Órganos debieran regular un desarrollo particularizado y adaptado a sus especificidades, según reconoce la disposición adicional primera de la propia LTAIPBG.

Corolario de lo anteriormente expuesto resulta ser, a partir de la *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública* y por la que se deroga la *Directiva 2004/18/CE (Considerando 1),* la Ley de Contratos del Sector Público *(Ley 9/2017, de 8 de noviembre)*, que en su articulado ha introducido algunas particularidades sobre la transparencia, principio rector en este ámbito y, por lo tanto, inspirador de todas las mejoras que se deben

[17] Para un amplio estudio, *vid.,* VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, J. (coords.). (2014); GUICHOT REINA, E. (coord.). (2014); PIÑAR MAÑAS, J.L (coord.). (2014); Y MARTÍN DELGADO, I. (dir.) Y MORENO MOLINA, J.A. (dir.). (2020).

[18] Incorpora a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de ésta; la Administración General del Estado, las autonómicas y las locales; los organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, en la medida en que ejerzan actividad de regulación o control sobre un determinado sector o actividad; así como a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, incluidas las Universidades públicas; a las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen directa o indirectamente las entidades mencionadas en cuantía superior al cincuenta por ciento; a las fundaciones del sector público y a las asociaciones constituidas por las Administraciones.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

introducir en esta materia; por ejemplo, con la publicidad en el Portal de Transparencia de los contratos con clausulas ambientales y soluciones innovadoras (reducción de la huella de carbono, etc.) o de responsabilidad social; o de los contratos con objeto tecnológico, y la publicación de sus especificidades en garantía de la propiedad intelectual o industrial (o de las cláusulas éticas de los pliegos de prescripciones técnicas, etc.).

Por otro lado, para acceder a la documentación pública sin iniciar un procedimiento administrativo, se regula en la LTAIPBG el Portal de Transparencia como «la *dirección electrónica que tiene por objeto centralizar y poner a disposición de cualquier persona toda la información que deben hacer pública de acuerdo con la ley las entidades incluidas en su ámbito de* aplicación»[19]. Se prevé además en este aspecto medidas de colaboración entre las diferentes Administraciones que conforman territorialmente el Estado español (estatal, autonómicas y locales). En concreto, también se debería implementar una estrategia que permitiera desplegar convenios para mejorar la interoperabilidad interadministrativa, aprovechando el potencial actual del big data.

Por su parte, cualquier ciudadano podrá ejercitar el derecho de acceso a la información pública, sin necesidad de especificar justificación alguna y sin que tenga que acreditar un interés legítimo; y podrá verse limitado, según lo establecido en la CE, si el carácter de la información lo hace imprescindible, así como, previa ponderación, por la conflictividad respecto a otros intereses dignos de protección, con base en el principio de proporcionalidad y limitación en relación a la finalidad y al objeto de su petición. Obsérvese así como la LTAIPBG, en cuanto a facilitar el acceso a la información pública por los ciudadanos para su implicación en los asuntos públicos, puede ser un límite a determinadas materias que regulan derechos de la esfera individual de las personas -como la propiedad industrial o intelectual-, que deberemos apreciar, eso sí, en sentido estricto; además de proteger pilares como la seguridad, el medio ambiente, la política económica y monetaria, entre otros, que configuran la lista tasada de límites al derecho de acceso a la información pública, inspirados en los previstos en el *Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos,* firmado por España en fecha reciente.

[19] La *Organización no gubernamental de Transparencia Internacional* en España fue midiendo en las organizaciones públicas la evolución de la transparencia a través de un índice, tras recopilar la información publicada en los portales de transparencia, combinando ochenta indicadores publicados en su web. Así, las Comunidades autónomas evolucionaron desde el año 2010 en una media general de 71,5 puntos; en el 2012, de 79,9; en el 2014, de 88,6; y en el 2016, de 94,00 puntos. Por lo que respecta a la Administración local, se produjo una transformación, situándose la media en el año 2008 en 52,1 puntos, hasta el 2017, con una cifra de 89,7 puntos. Para un análisis detallado en relación a la "Transparencia en España", así como para actualizar estos valores, puede consultarse la página *web del Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno*, en la siguiente dirección electrónica: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/transparencia/transparencia-en-espagna.html.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

En todo caso, se puede aseverar que el volumen de peticiones de acceso a los documentos y a la información que obra en la Administración ha sido minorado con el paso del tiempo como consecuencia directa de su publicación de forma accesible y reutilizable en los portales de transparencia; y la normativa sectorial, a la que remite la propia Ley, deberá desarrollar las particularidades jurídicas para cada sector de actividad administrativa[20].

Asimismo es trascendental impulsar la constitución de unidades específicas en las RPT para cumplir con las obligaciones legalmente establecidas, las denominadas *Unidades Responsables de Información Pública*; así como garantizar la independencia del *Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno* (y de sus homólogos en las distintas Autonomías), como órganos creados *ad hoc* para la gestión y evaluación de este tipo de actuaciones, que conocerán también de las reclamaciones potestativas y previas al ámbito jurisdiccional, en sustitución de los recursos administrativos; y reconocerles una naturaleza jurídica independiente desde el punto de vista institucional[21].

Por último, debemos mencionar el Título III de la LTAIPBG cuyo ámbito subjetivo, en sentido literal, son *los altos cargos o asimilados de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella;* y en cuanto al objetivo, *los principios éticos y de actuación que deben regir en su labor, el principio de gobernanza, el régimen de conflicto de intereses, el régimen sancionador también en materia de gestión económico-presupuestaria, y el ámbito disciplinario*, en consonancia con la responsabilidad a la que están sujetos los altos cargos. Este régimen sancionador o, en su caso, el régimen disciplinario, debería ser objeto de ampliación en cuanto a su ámbito subjetivo, para incluir a todo el personal funcionario o laboral de la Administración, del resto de entes privados y personas físicas o jurídicas a los que

[20] En relación a esto último, puede consultarse la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en su disposición adicional primera, así como la producción interpretativa del *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Estado* (Criterio n.º 8/2015).

[21] En una fase de la tramitación de la LTAIBG se debatió encomendar el control de la transparencia en la Administración pública a la *Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios*, y reducir esta función sólo a resolver las reclamaciones que, frente a las resoluciones de solicitudes de acceso se interpusieran, en lugar de los recursos ordinarios administrativos. Con posterioridad, mediante una enmienda al anteproyecto de ley, se determinó acordó crear el *Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno*, así como ampliar sus competencias a las de evaluación y control de la publicación en el portal de transparencia y asesorar a los ciudadanos en sus peticiones para acceder a la información pública. En este sentido, frente a la naturaleza de la *Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios,* que es la de "administración de carácter instrumental o institucional", la del Consejo Estatal de Transparencia, es de "administración independiente", tras su denominación como «organismo público» siguiendo la clasificación de la ya derogada *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, en su disposición adicional décima.

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

se aplica la LTAIPBG, así como ser incorporado a las leyes específicas que regulan los órganos constitucionales del Estado y ser desarrollado por las normas sectoriales, junto a la implantación, por ejemplo, de los premios a las mejores prácticas de transparencia en la Administración pública, porque es clave entender que así se garantizaría la finalidad de la Ley.

2.3. El marco competencial autonómico y normas de referencia

En el marco de la regulación básica estatal que actúa como un mínimo común homogeneizador para evitar desigualdades en todo el Estado español, la competencia autonómica en materia de transparencia y acceso a la información pública, tras su reconocimiento constitucional como derecho de configuración legal, se fundamenta en la facultad que el Estado ha otorgado a las Comunidades Autónomas a nivel autoorganizativo. Los entes autonómicos han asumido la competencia exclusiva, según el artículo 148 de la CE, «*para la creación, organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones, así como la organización de su propia Administración y la de los entes dependientes, y el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia*». En este sentido, la mayoría de los estatutos de autonomía denominados de "segunda generación" han previsto este derecho e incorporan para la actuación de los poderes públicos regionales los dos pilares básicos de la acción del gobierno, como son la transparencia y promoción de la participación de la ciudadanía[22].

En particular, en Canarias el Consejo Consultivo ha reconocido los títulos competenciales de acceso a la información pública y, en general, de regulación de la transparencia, en el marco de la legislación básica estatal. El *Dictamen 238/2014, de 24 de junio*, se expresa en los siguientes términos:

> *«(…) ha de considerarse que la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencia suficiente en virtud de lo previsto en el art. 30.1 de su Estatuto de Autonomía, que le atribuye competencia exclusiva en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, así como en el art. 32, apartados 6 y 14, que le otorgan el desarrollo legislativo y ejecución en materia de régimen jurídico de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y los entes públicos dependientes de ella y en materia de normas de procedimiento administrativo, respectivamente. Asimismo, el art. 5 del Estatuto de Autonomía de Canarias, además de reconocer a los ciudadanos de Canarias como titulares de los derechos y*

[22] Los ejemplos los podemos encontrar en los artículos: 31 de la *L.O. 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía*; 62.3 de la *L.O. 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón*; y 9.4 de la *L.O. 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Comunidad Valenciana*.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

> *deberes fundamentales establecidos en la Constitución, establece que los poderes públicos canarios asumen, en el marco de sus competencias, entre otros principios rectores de su política, la promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran».*

Por ello, la competencia referente a la organización de forma libre por parte de los entes autonómicos ha sido distinguida como algo *inherente a la autonomía* (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3); porque «la potestad autoorganizatoria de las Comunidades Autónomas constituye una manifestación central del principio de autonomía» (*STC 251/2006, de 25 de julio, FJ 10*). En palabras del Tribunal Constitucional, «las Comunidades autónomas pueden acordar las decisiones organizativas que mejor se acomoden a sus necesidades e intereses; y disponen de un amplio margen de libertad de decisión, para el desarrollo de estas normas básicas, que les permite, sin duda, expresar sus propias opciones políticas sobre la organización administrativa que de ellas depende» *(STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 21 c) y 24*), como por ejemplo, a través de la creación de los Consejos o Comisionados de la Transparencia, como veremos a continuación.

Por último, con base en los reconocimientos de las diferentes normas estatutarias autonómicas, en los últimos años en algunas Autonomías como la extremeña, la murciana o la aragonesa, se ha aprobado nueva normativa para abordar estas cuestiones desde el amplio concepto del Gobierno Abierto, configurando un modelo regulatorio integrador de los *principios de transparencia, participación y colaboración ciudadana*[23]; a diferencia de otras Comunidades Autónomas como la andaluza, la canaria o la de Castilla La Mancha, entre otras, que regulan de forma autónoma los principios que conforman el Gobierno Abierto.

3. LA ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMA CANARIA: POLÍTICAS DE IMPLANTACIÓN DE LA TRANSPARENCIA

3.1. La Ley Canaria 12/2014, de 26 de diciembre

En el año 2013 el Gobierno de Canarias dio comienzo, con carácter previo a la elaboración del anteproyecto de ley, a una consulta pública para obtener opiniones y criterios de los ciudadanos en relación a la transparencia en la Administración pública, a través de tres vías -*redes sociales, correos electrónicos y trece foros presenciales en todas las Islas*- que contribuyeran a elaborar el futuro texto de la Ley de Transparencia en la Comunidad Autónoma de Canarias. En concreto, las

[23] Es el caso, por ejemplo, de la *Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*; y la *Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón*.

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

aportaciones obtenidas[24] fueron un total de 2.950, y posteriormente se analizaron por personas de reconocido prestigio no pertenecientes a la Administración autonómica[25], las cuales extrajeron "*71 tendencias*" para elaborar el borrador de la Ley, y así se culminó la tramitación del Anteproyecto de ley.

Tras la tramitación en la Asamblea Legislativa Autonómica del ya Proyecto de Ley (aprobado previamente por Acuerdo del Consejo de Gobierno el 26 de junio de 2014) y del debate parlamentario, se aprobó por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, y la Ley 12/2014, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de 26 de diciembre de 2014 (en los sucesivo, LTAIP), entró en vigor al siguiente día de su publicación en el BOC núm. 5, de fecha 10 de enero de 2015, a excepción del Título II sobre "*Publicidad de la información*", que, tras la vacatio legis establecida, entró en vigor el día 10 de julio de 2015, momento en que se había creado el primer Portal de Transparencia del Gobierno de Canarias.

Dicha Ley puede ser considerada como una de las más avanzadas del panorama nacional, pues sigue la exhaustiva sistemática de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, más completa que otras normativas autonómicas; y enumera toda la información «*cuya divulgación en el Portal de Transparencia del Gobierno de Canarias resulte de mayor relevancia para garantizar la transparencia de la actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (…) así como aquella información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia*» (artículo 13.1, 13.2 *in fine* y 34 de la LTAIP), sin perjuicio de que todas las entidades y organismos obligadas por la Ley, publiquen, mediante sus páginas web o sedes electrónicas y preferentemente por medios electrónicos, «toda *la información que juzguen más importante y de mayor utilidad para la sociedad, las personas y la actividad* económica» (artículo 13.3 de la LTAIP).

Asimismo, regula el procedimiento administrativo para el acceso a la información a través de la presentación de una solicitud, presencialmente o de forma telemática, *ante el órgano o entidad en cuyo poder obre la información*, o incluso se puede realizar mediante llamada telefónica u oralmente, *al comparecer en las unidades administrativas o en las oficinas de información del Gobierno de Canarias*. Para determinar el órgano competente para resolver los procedimientos de acceso, la LTAIP distingue entre *sector público autonómico*, *Administración autonómica y el*

[24] En particular, de las reuniones realizadas resultaron una totalidad de *2.598 aportaciones* por escrito: *Lanzarote: 224*; *Fuerteventura: 94*; *La Gomera: 172*; *La Palma: 115*; *El Hierro: 178*; *Gran Canaria: 944*; y *Tenerife: 1095*.

[25] Las siguientes personas constituyeron el equipo de trabajo para la redacción de la Ley: a) *D. Luis Alberto García García, Catedrático de Psicología de la ULL*; b) *D. José Ángel Rodríguez Martín, Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de la ULL*; c) *Don Guzmán Garmendia Pérez, Ex Director General de Gobierno Abierto y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Foral de Navarra e impulsor de una de Ley 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y Gobierno Abierto de Navarra*; y d) *Don Juan del Río Alonso, Sociólogo experto en técnicas de socio-análisis.*

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

resto de entidades obligadas por la norma; y establece límites al ejercicio del derecho -con posibilidad de conceder un acceso parcial si opera alguno de ellos-, las causas de inadmisión de la solicitud o una prórroga del plazo para resolver el procedimiento ante el volumen o complejidad del contenido de dicha petición.

Como corolario de lo anterior, se crea el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública como «*órgano encargado del análisis, fomento, protección y control de la transparencia pública y del derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias; el cual, en el ejercicio de sus funciones, actúa con autonomía y plena independencia*» (artículo 58 de la LTAIP), frente al régimen de otras Comunidades Autónomas, en las que su naturaleza jurídica es el de una entidad perteneciente a la Administración y sin plenitud de independencia; o bien en otras, que delegan estas competencias en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal.

El nombramiento de la persona titular del Comisionado se realiza «*por mayoría cualificada de tres quintas partes del Parlamento de Canarias, (…) por un período de cinco años, renovable por una sola vez, de entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional*» (artículo 59 de la LTAIP). No existe parangón alguno similar en el sistema de elección de los presidentes de las Instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias. Como excepción al régimen normal de elección, podemos mencionar, dentro del organigrama de los órganos colegiados de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias, al Presidente del Consejo Escolar de Canarias, órgano consultivo presidido por uno de sus miembros elegido por mayoría de dos tercios de votos de los miembros del Consejo[26].

Por otro lado, entre sus funciones, al Comisionado le corresponde: a) *la resolución de las reclamaciones que se interpongan contra los actos expresos o presuntos resolutorios de las solicitudes de acceso a la información pública de las entidades y órganos previstos en la Ley*[27]; b) *el control del cumplimiento de publicar la información del Título II de la Ley*; c) *la formulación de recomendaciones e interpretaciones de las*

[26] En el momento actual, la Comisión del Reglamento del Consejo Escolar de Canarias trata procesos de reforma de la Ley 4/1987, de 7 de abril de Consejos Escolares y del Reglamento del Consejo Escolar autonómico, aprobado mediante Decreto 36/2003, de 24 de marzo, por lo que el sistema de mayorías para la elección del Presidente podría verse modificado.

[27] Respecto al contenido del primer "*Informe anual sobre evaluación del cumplimiento de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre*", relativo al año 2016, elaborado por el Comisionado al Parlamento de Canarias, y por lo que se refería a la publicidad activa, destacaba que la información que ofrecía el Portal de Transparencia del Gobierno seguía la estructura de la LTAIP, y contenía *287 URL´s* de las cuales el *214 (el 74,56%) enlazaban con el Portal*; *y 73 (el 25,44%), con la página web de la Comunidad*. En cuanto al tipo de información publicada, destacaba: a) *la relativa a la organización (18,47%);* b) *personal de libre nombramiento (10,10%)*; y c) *empleo público (8,36%),* lo que constituía más de un tercio de toda la información que se publicaba el Portal; y si se suma d) *la económica financiera (18,12%),* suponía más de la mitad de la información publicada. Para un análisis actualizado de estos datos, consúltese: https://transparenciacanarias.org/informes/.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

obligaciones establecidas en la Ley; d) *el asesoramiento en materia de acceso a la información pública y, en general, de transparencia*; e) *la evaluación del grado de aplicación de la Ley*; f) *el resto que le vengan atribuidas por la LTAIP y el resto del ordenamiento jurídico* (artículo 63.1 de la LTAIP).

Por todas estas cualidades, la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias operada mediante Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, regula el Comisionado de la Transparencia y Acceso a la Información Pública en su Título II, bajo la rúbrica de "Instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias", junto al Diputado del Común, el Consejo Consultivo de Canarias y la Audiencia de Cuentas, y le otorga la consideración de órgano de relevancia estatutaria, que goza de autonomía e independencia plena en el ejercicio de sus funciones respecto al órgano que lo nombra, el Parlamento de Canarias.

Por otra parte, la LTAIP finaliza con un Título V sobre las infracciones y sanciones en esta materia[28]; y contiene nueve disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y tres finales[29]. En aplicación de la disposición adicional séptima de la misma, la *Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias*, por lo que se refiere a la transparencia e información pública, remite a las propias disposiciones de la LTAIP, «previa adaptación a la organización y funcionamiento de las entidades municipales»; sin embargo, la *Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares* regula los principios y previsiones para adaptar los contenidos de la LTAIP a dichas instituciones insulares.

Por último, a continuación, enumeraremos los desarrollos reglamentarios de la LTAIP:

a) En aplicación de su artículo 11, y para el seguimiento y control de los plazos de respuesta de las solicitudes de acceso, se aprueba la *Orden de 10 de junio de 2016 por la que se regula la organización y funcionamiento del Registro de solicitudes de acceso a la información pública*, adscrito a la entonces denominada Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, aunque la incorporación material de los datos se lleve a cabo por los *órganos ante los que se presenten las solicitudes o en los que obre*

[28] El citado Título distingue, por un lado, entre a) *la responsabilidad de los altos cargos y personal al servicio de las entidades y organismos de la Comunidad Autónoma*, y por el otro, b) *la responsabilidad administrativa de las restantes entidades privadas con obligación de publicar la información y de las personas físicas y jurídicas que tienen el deber de suministrar información porque ejercen potestades administrativas o prestan servicios públicos, o debido a la relación contractual que entablan con los organismos y entidades públicas sometidos a la Ley*.

[29] Destacable es la *disposición adicional primera*, *relativa a las regulaciones especiales del derecho de acceso y la supletoriedad de la LTAIP*, que es similar a la contenida en la Ley estatal y que ha sido desarrollada por el Criterio 008/2015 del Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno; y la *disposición adicional séptima, sobre las normas aplicables a las entidades insulares y municipales*, que remite a sus respectivas disposiciones legales y reglamentarias para regular esta materia.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

la información solicitada y sean competentes para resolver las solicitudes; y la inscripción de los datos, se realice por las *Unidades Responsables de la Información Pública de las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos o del órgano competente de las Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma*[30], partiendo de los que se establece reglamentariamente que deben ser inscritos.

b) En desarrollo del artículo 12 de la LTAIP, se regula el *informe sobre el grado de aplicación de dicha Ley*, mediante *Orden del 10 de junio de 2016 por la que se determina el contenido del informe sobre el grado de aplicación de la Ley*, que es emitido anualmente por los *órganos a los que estén adscritas las Unidades responsables de la información del Departamento o entidad en su respectivo ámbito*[31], y enviado a la Dirección General de Transparencia del Gobierno de Canarias, y ésta, a su vez, tiene la obligación de unificarlos y remitirlo al Comisionado de Transparencia en los plazos legalmente establecidos.

c) Un tercer aspecto es el que hace referencia a la publicación de la *Orden de 21 de diciembre de 2016 por la que se aprueba el sistema de firma electrónica mediante información del DNI para las actuaciones en el registro electrónico de la entonces Consejería de la Presidencia, Justicia e Igualdad en el ámbito de la presentación de solicitudes de acceso a la información pública,* una vez ya había sido implantado en el año 2015 el Sistema de Información de Actuaciones Administrativas de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. El propósito de la citada Orden reside en la agilización del procedimiento que emana del derecho de acceso a la información, así como su presentación telemática.

d) A fin de dar cumplimiento a la normativa de protección de datos, y en el marco del grupo de trabajo creado en la Dirección General de Modernización y Calidad de los Servicios para el desarrollo de la misma y el impulso de las cuestiones de seguridad, se aprueba la *Orden de 24 de enero de 2017, por la que se crea y regula el fichero de datos de carácter personal del registro de solicitudes de acceso a la*

[30] La Orden de 10 de junio de 2016 establece que datos deben inscribirse en el Registro, entre otros: la fecha en que se presenta la solicitud, la identificación y medio de contacto del que solicita la información, la información que se insta y el medio o formato en que desea sea enviada, el órgano o entidad competente para su resolución, etc.

[31] Son órganos competentes para emitir el informe *las secretarías generales técnicas u órganos asimilados y los órganos de los que dependa la unidad responsable de la información de los organismos autónomos, entidades empresariales y demás entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias*. En cuanto al contenido del informe, se recoge en el artículo 4 de la citada Orden de 10 de junio de 2016, referido a: 1) *la información relativa a publicidad activa* (artículos 17 al 33 de la LTAIP); y b) *la publicidad pasiva o solicitudes de acceso a la información pública presentadas en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias*.

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

información pública, con la finalidad de garantizar los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación de los ficheros públicos de los titulares legítimos.

e) Por último, debemos mencionar la *Orden de 18 de diciembre de 2017 por la que se aprueba el Esquema de Metadatos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias*.

3.2. Experiencias al amparo de la Ley Canaria de Transparencia

En abril de 2013, comienzan a crearse en cada departamento, organismo o entidad las *Unidades Responsables de Información Pública*, con la finalidad de atender a las obligaciones de la *Organización no gubernamental de Transparencia Internacional*, que ya evaluaba a las Administraciones con base en unos indicadores orientados a medir el nivel de transparencia de los organismos públicos.

Estos grupos de trabajo de carácter interdepartamental[32], en aplicación del artículo 10 de la LTAIP, asumen competencias para unificar criterios y cumplir con el compromiso de publicar la información pública que establece la Ley; el asesoramiento técnico tras la presentación de las solicitudes de acceso o las reclamaciones que se interpongan; el seguimiento y control en su tramitación y la función de recabar la información pertinente de los órganos competentes del departamento o entidad; así como, en el respeto de las atribuciones de otros servicios administrativos, el asesoramiento en el ejercicio del derecho de acceso a quienes lo soliciten y el apoyo en la búsqueda de la documentación e información.

Desde el punto de vista organizativo, el nuevo mandato regional y el comienzo de la legislatura 2015-2019 supuso la modificación de la denominación del Centro directivo que asume las funciones en materia de transparencia, con la aprobación del extinto *Decreto 382/2015, de 28 de diciembre, de modificación del Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad*, el cual quedó adscrito a la Viceconsejería de Administraciones Públicas y Transparencia, en la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, bajo la denominación de Dirección General de Transparencia y Participación Ciudadana.

Por otro lado, en el mencionado Decreto 382/2015, de 28 de diciembre (artículos 98 a 100) se reguló *la Comisión Coordinadora de la Transparencia*, «*como órgano colegiado de coordinación general, propuesta y seguimiento de las acciones en el ámbito de transparencia y de acceso a la información pública de la Administración*

[32] Como fórmula de trabajo creada ad hoc para impulsar esta materia, se constituyeron un total de once Unidades de Información Pública adscritas a Presidencia de Gobierno y a las diferentes Consejerías (Secretarías Generales Técnicas); once Unidades en los Organismos Autónomos; tres adscritas a las Entidades de Derecho Público, y dos a las Entidades Públicas Empresariales; y bajo la coordinación del Centro Directivo de Transparencia, se reunían todas las semanas para gestionar el seguimiento de la implantación de la transparencia en la Administración Autonómica de Canarias (sólo durante el año 2016 se celebraron un total de 21 reuniones de coordinación).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y de sus entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes», a la que pertenecían, entre otros directivos, los titulares de las Secretarías Generales Técnicas de las diferentes Consejerías[33].

Asimismo, a comienzos del año 2016, el 24 de febrero, comienza su andadura un nuevo Portal de Transparencia del Gobierno de Canarias, con las materias que los artículos 17 al 33 de la LTAIP preveen[34], y en general adaptado a la misma; y se comienza con el proceso de automatización de la información pública a través de la generación de datos desde sistemas de información departamentales o desarrollados *ad hoc* para la captura de los mismos y exportarlos a la web del Portal[35].

Sentado lo anterior debemos recordar que el artículo 34.3 de la LTAIP señala que la información pública añadida al Portal se incluirá siguiendo las prescripciones técnicas que se aprueben, «*y se actualizará de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente por orden del titular del departamento competente en materia de información pública*, que *deberán adecuarse progresivamente a los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilizació*n». En este sentido, los trabajos se centraron a partir del año 2016 en crear los documentos que definieran las prescripciones técnicas de los distintos *ítems informativos* que la LTAIP obliga a publicar en el Portal de manera automatizada, como es el caso, entre otros, de la información pública en materia de contratos menores.

A mayor abundamiento, también hay que tener en cuenta que a la ciudadanía se le abren varias posibilidades para solicitar la información pública: mediante su *presencialidad,* en los registros generales y auxiliares que se integran en la Comunidad Autónoma; *oralmente,* a través de la oficina de atención a la ciudadanía o ante el personal adscrito a los registros de las distintas consejerías o en los propios servicios administrativos; de *manera telefónica;* o a través de la *vía telemática,* con la

[33] A modo de ejemplo, hay que precisar que, durante el año 2016, tuvieron lugar importantes reuniones de la *Comisión Coordinadora de Transparencia* con la finalidad de dar cuenta de todas las estrategias, proyectos y actividades realizadas bajo la coordinación de la Dirección General de Transparencia, con fechas de 1 de junio y 15 de diciembre de 2016. Ahora bien, el actual *Reglamento Orgánico de la Consejería de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad*, aprobado mediante *Decreto 14/2021, de 18 de marzo*, no ha regulado este órgano colegiado, por lo que han quedado derogados los artículos que lo preveían.

[34] Previo a este nuevo Portal de Transparencia creado en el año 2016, existía otro para observar el deber de publicar en el mismo la información pública surgida a través de las evaluaciones de la Organización no gubernamental de Transparencia Internacional a las diferentes regiones autonómicas.

[35] Desde el inicio, el Portal contó con un número elevado de visitas por parte de la ciudadanía. Muestra de ello son los datos estadísticos de dichas visitas, que durante todo el año 2016 fueron los siguientes: a) visitas al Portal: 33.102; b) usuarios que han visitado el Portal: 19.986; c) media diaria de visitas: 107; d) páginas visitadas: 180.858; e) *media diaria de páginas visitadas: 589*; f) *páginas más consultadas: altos cargos (29.914), organización (27.470), retribuciones: 21.916, empleados públicos (12.666), instituciones (11.814), normativa (7.967) y contratación (7.486).*

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

formulación *on line* de la solicitud en la sede electrónica, método este último que se ha establecido como preferente al ejercitar los derechos reconocidos en la LTAIP, y se ha impulsado de manera permanente el Registro de solicitudes de acceso a la información pública[36].

Acorde a lo recogido en la disposición adicional octava de la LTAIP, el Centro Directivo competente en materia de Transparencia realizó en el año 2015 una propuesta formativa al Instituto Canario de Administración Pública (ICAP), que aprobó el Plan de Formación para el año 2016, con diferentes actividades instructivas en materia de elaboración, difusión y puesta a disposición de cualquier persona de la información derivada de la actuación de la Administración Pública. Todo ello sin perjuicio de que la Dirección General de Transparencia y Participación Ciudadana iniciara diversas actividades formativas orientadas al personal de toda la Comunidad Autónoma así como a las asociaciones inscritas en el Registro público correspondiente. Desde este momento, anualmente, todos los planes formativos del ICAP han venido proponiendo cursos y jornadas en materia de transparencia, orientados a promover el desarrollo integral de los empleados públicos en esta materia.

Por lo que respecta a la coordinación con el resto de organismos públicos, y destacando las actuaciones primigenias llevadas a cabo en los dos primeros años de implantación de la LTAIP, durante los años 2016 y 2017 se mantuvieron con periodicidad reuniones de coordinación, de fijación de criterios interpretativos y de intercambio de información, tanto entre la *Dirección General de Transparencia y Participación Ciudadana* y el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno Estatal*, como con el *Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias*, como «*órganos garantes del fomento, análisis, control y evaluación de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública*», con la finalidad de lograr una adecuada implantación de la regulación en la materia a nivel estatal y autonómico.

En relación a la esfera insular y local, se convocaron reuniones de coordinación entre los responsables políticos y técnicos del Centro Directivo competente en materia de Transparencia y de todas las *áreas de transparencia y participación ciudadana de los Cabildos insulares*; así como reuniones institucionales con *representantes de diversos municipios de Canarias*. Y por lo que respecta al ámbito autonómico, en el contexto

[36] En los inicios del Portal, las solicitudes de acceso presentadas en el año 2016 ante los Departamentos, incluyendo a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales, así como al resto del sector público autonómico -a las entidades de derecho público, a las sociedades mercantiles y a las fundaciones públicas- se cuantificaron en un total de 170, distribuidas en los siguientes bloques: *institucional (1); organizativa (1); personal libre nombramiento (3); empleo en el sector público (10); retribuciones (3); normativa (2); servicios y procedimientos (32); económico-financiero (12); patrimonio (1); planificación y programación (1); obras públicas (1); contratos (75); convenios y enmiendas de gestión (5); concesión de servicios públicos (5); ayudas y subvenciones (3); ordenación del territorio (5); estadística (10).*

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

de la *I Conferencia Autonómica de Participación Ciudadana* celebrada a principios del año 2016 en Zaragoza, se debatieron por casi la totalidad de las Comunidades Autónomas las estrategias, planes y proyectos que se habían venido aprobando en los últimos años, tanto en materia de participación ciudadana, como de transparencia; si bien, fue en el marco de la *II Conferencia Autonómica de Participación Ciudadana*, que se desarrolló en Tenerife el 28 de octubre de 2016, donde se entregó a todas las Regiones autonómicas la "Carta de Zaragoza para la Promoción de la Participación Ciudadana", aprobada en la I Conferencia, y se creó la *Red Autonómica de Participación Ciudadana*, como espacio colaborativo de reflexión y debate de las diferentes Autonomías para el «*fomento de la participación ciudadana en los asuntos públicos, impulsando el desarrollo de la democracia participativa y de la transparencia en las Administraciones Públicas*». Tras varios encuentros de esta Red en los últimos años, en el momento de redacción de estas líneas, el último ha sido celebrado en Asturias durante los días 10 y 11 de noviembre de 2021, y se prevé una futura Conferencia para el año 2022 en Zaragoza.

No podemos desconocer que anualmente se evalúa el Índice de Transparencia en la Comunidad Autónoma de Canarias (ITCanarias), primero, por la *Organización no gubernamental de Transparencia Internaciona*[37], luego por el *Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno*[38] y, en el momento actual, por el *Comisionado de la Transparencia y Acceso a la Información Pública*, a través de una herramienta propia denominada T-Canaria, que evalúa al sector público canario y, en concreto, a la *Comunidad Autónoma*, los *Cabildos*, los *Ayuntamientos* y las *entidades dependientes* de esas Administraciones, así como a las *Corporaciones de derecho público* y *Colegios profesionales*, y a las *entidades privadas subvencionadas con más de 60.000 euros del Gobierno de Canarias*[39]. Asimismo, se ha creado el *Premio de Excelencia a la*

[37] Del informe de 16 de diciembre de 2016 (INCAU 2016) de la *Organización no gubernamental de Transparencia Internacional* -que evaluaba el nivel de transparencia de las Comunidades Autónomas cada dos años- se constata que la Comunidad Autónoma de Canarias escaló siete puestos del año 2014, alzándose hasta el puesto octavo, con un índice de mejoría del 18,8%, superando su puntuación (95) a la media nacional (94 puntos sobre 100), y logrando la máxima puntuación (100 puntos) en el derecho de acceso a la información, la página web, las relaciones con los ciudadanos y la participación ciudadana.

[38] El primer paso en cuanto a la metodología para la evaluación de la transparencia -tras una propuesta formulada por la *Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas*, de octubre de 2015- se asumió, en el último trimestre del citado año, gracias a unas "fichas de evaluación" y sus instrucciones elaboradas por el Consejo Estatal de Transparencia y Buen Gobierno, que fueron adoptadas por la Comunidad Autónoma de Canarias y por el resto de las Comunidades. A posteriori, tras múltiples reuniones entre el Comisionado de Transparencia, técnicos de la Dirección General de Transparencia del Gobierno de Canarias, representantes políticos y con la Fecam, con fecha de 9 de marzo de 2016, se acordó realizar la evaluación a través de unas fichas que, siguiendo el modelo estatal, fueron remitidas a las diferentes Administraciones públicas obligadas, y se amplió el plazo para la presentación ante el Parlamento de Canarias del informe anual por parte del Comisionado, más allá del máximo fijado legalmente, el 31 de marzo de cada año.

[39] T-Canaria es una aplicación informática que ha logrado numerosos reconocimientos y que fundamenta la evaluación de la transparencia en cuatro pilares conocidos por sus siglas, basados en

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

Transparencia Digital en Canarias y el Sello de Calidad a la Transparencia Digital en Canarias, para reconocer anualmente por el *Comisionado de la Transparencia y Acceso a la Información Pública* la excelencia y las mejores prácticas en el desempeño de la transparencia digital a través de los portales de transparencia por parte de las organismos y entidades que conforman el ámbito subjetivo de la LTAIP.

Por último, las diversas estrategias y planes de mejora y modernización de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias han ido definiendo el camino en esta materia[40]. Asimismo, se ha presentado recientemente el *Portal de Gobierno Abierto*, durante las *II Jornadas El Gobierno Abierto como eje de actuación de la Agenda Canaria de Desarrollo Sostenible*, así como el *Portal de Datos Abiertos* y el de *Participación Ciudadana*, y una renovación del *Portal de Transparencia*[41]. Desde el punto de vista normativo, se requiere un marco regulatorio adecuado que garantice la seguridad jurídica, por lo que ya se trabaja en el *Anteproyecto de ley reguladora de Gobierno Abierto de Canarias*; y del mismo modo, es un requisito insoslayable proseguir con la digitalización de la Administración autonómica en el marco del recientemente aprobado *Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos*.

cuatro indicadores que son: el ICS, cumplimiento del soporte web; el ICPA, cumplimiento en publicidad activa; el ITV, el de transparencia voluntaria; y el ICIO, cumplimiento de información obligatoria. Es importante reseñar la evolución favorable en materia de transparencia que los informes del Comisionado han reflejado en las anualidades 2017, 2018, 2019, tanto por lo que respecta a los resultados, como a las entidades objeto de evaluación. Así, con carácter general, en el año 2019: "*La Transparencia pasa de 3,14 puntos en 2016 a 6,46 en 2019. La nota media de transparencia de las 98 instituciones de Canarias pasa de 5,36 puntos en 2018 al 6,46 en 2019. Los portales de transparencia de los siete Cabildos mejoran casi un punto en el Índice de Transparencia de Canarias. En 2019, todavía 25 de los 88 ayuntamientos no alcanzan los 5 puntos; los colegios profesionales y cámaras tuvieron un 4,5 en transparencia en 2019 y dos de cada tres entidades subvencionadas por el Gobierno de Canarias presentaron por primera vez su declaración de transparencia"* (https://transparenciacanarias.org/evaluacion/rendicion-de-cuentas-transparencia-canarias-2019/).

[40] Las fases adoptadas por la Administración Canaria se han materializado, en primer lugar, en el *Acuerdo para la Gobernabilidad 2015-2019 -Pacto por el crecimiento y el progreso social y económico de Canarias-* que plasmó las políticas de "Gobierno Abierto" como acción núm. 2, del Eje programático núm. 4. En análogos términos y en el ámbito de la *Estrategia Canaria de Gobierno Abierto,* aprobada a mediados del año 2016, se recogió la *Estrategia de simplificación administrativa y reducción de cargas burocráticas de la Administración Pública Canaria.* De forma más recientes destacan *el Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba la implantación de un sistema simplificado de Dirección por Objetivos de la Administración Autonómica Canaria*, de fechas 3 y 4 de septiembre de 2020, así como la Orden que permite su despliegue para las anualidades 2021, 2022 y 2023 en la Consejería Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad, de fecha 29 de octubre de 2021, donde se incorporan los programas concretos en materia de participación ciudadana y transparencia. Con anterioridad, *vid.* RODRÍGUEZ PÉREZ, M.A. (2007).

[41] Para un estudio en profundidad de las mejoras de apertura de datos en la Administración Autónoma Canaria, *vid*. OTERO PAZ, I. (2021).

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

4. CONCLUSIONES

Primera.- La transparencia como principio rector de actuación en la gestión pública comienza a implantarse en el Derecho comunitario con la naturaleza jurídica de derecho fundamental. Aun así, la creación de su régimen jurídico, y en concreto *el procedimiento de acceso a la información pública*, ha quedado configurado desde un punto de vista procedimentalista, lo que pudiera desvirtuar a la transparencia incluso en su propia definición conceptual.

Segunda.- La implantación en España ha sido fruto de años de intensos trabajos, especialmente de grupos de ciudadanos que a través de organizaciones no gubernamentales reivindicaban normalizar una actuación de la Administración pública bajo el principio rector de "la transparencia"; que nuestra Constitución española ya amparaba en uno de sus preceptos en relación *al acceso a los archivos y registros*, y que el propio Tribunal Supremo dictaminaba implementar en el ordenamiento jurídico español.

En Canarias, la *Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública*, aprobada por unanimidad de los grupos políticos parlamentarios, es una de las acciones legislativas más innovadoras en el panorama nacional, por lo que se refiere a la información que debe ser *publicada en el Portal de Transparencia*, a la regulación del *régimen sancionador* o al *Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, que es elegido/a por mayoría de tres quintas partes del Parlamento de Canarias.

Tercera.- Las principales dificultades que hemos advertido en la aplicabilidad del marco regulatario de la transparencia se centran en las dilaciones y demoras en el suministro de la información pública o en la automatización de la información; pero todo ello debe verse como una oportunidad de mejora a través del desarrollo del régimen sancionador en materia de transparencia, del que es modelo la legislación canaria, y de incentivos y premios a los empleados públicos que cumplan con esta práctica.

Cuarta.- Si bien los avances normativos los podemos observar, por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública, sólo serán alcanzables si existe un verdadero cambio cultural de todos los empleados públicos implicados, incluyendo, entre otros, a los miembros de las juntas consultivas de contratación administrativa. La transparencia es un límite a otros derechos, y especialmente se debe favorecer en orden a *la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos*, aunque interpretada en términos legales.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Divulgación
La transparencia en la administración…
por María Ángeles Rodríguez Pérez
Págs. 347-372
DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

Quinta.- Es importante reseñar la compleja ponderación del conflicto de intereses entre la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos* y la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. La seguridad de los datos debe ser protegida, entre otras formas, a través de las normas técnicas de interoperabilidad y, desde el punto de vista procedimental, extendiéndose a los propios *actos administrativos*, *informes* y demás *documentos* que obran en el seno de la Administración pública, por lo que se refiere a las técnicas de su elaboración por el personal al servicio de la misma.

Sexta.- En definitiva, *¿cuál debe ser el objetivo último de una Administración transparente, teniendo en cuenta la fuerza expansiva del artículo 23.1 de la Constitución española sobre la participación ciudadana en las políticas públicas y la consecución de objetivos excelentes*? La respuesta debe ir más allá de las previsiones contenidas en las actuales leyes de transparencia, teniendo en cuenta, además, el horizonte venidero, donde nos encontramos con el despliegue del big data, el blockchain, el gobierno abierto, la aplicación de la automatización de la gestión y de la inteligencia artificial y, en general, los servicios digitales; un momento en el que el marco regulatorio y la transparencia de las políticas públicas juegan un papel crucial para su implantación en el ordenamiento al amparo del principio de seguridad jurídica.

CC BY SA

DOI: https://doi.org/10.51915/ret.210

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. 2014. *Estudio comparado sobre la normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública,* Madrid: INAP,

DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C. 2007. "Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal", *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época,* núm. 6: 231-254.

GUICHOT REINA, E. 2009. *Publicidad y privacidad de la información administrativa,* Madrid: Civitas,

GUICHOT REINA, E. (coord.). 2014. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.* Madrid, Tecnos.

MARTÍN DELGADO, I. (dir.) Y MORENO MOLINA, J.A. (dir.). 2020. *Administración electrónica, transparencia y contratación pública,* Madrid, Iustel.

OTERO PAZ, I. 2021. "El portal de datos abiertos en Canarias", *Revista Española de Transparencia, núm. 13: 319-329.*

PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.). 2014. *Transparencia, acceso a la información y protección de datos,* Madrid: Reus.

RODRÍGUEZ PÉREZ, M.A. 2007. *Políticas de Mejora y Modernización de las Administraciones Públicas. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Canarias,* Santa Cruz de Tenerife, Instituto Canario de Administración Pública.

VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, J. (coords.). 2014. *Régimen Jurídico de la transparencia del Sector Público del Derecho de Acceso a la reutilización de la información,* Pamplona: Aranzadi.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Recensiones y Reseñas
Escenarios de la participación ciudadana…
por Daniel Jove Villares
Págs. 373-377

LIBRO: Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel (2022)

JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ, FERNANDO REVIRIEGO PICÓN Y JOSÉ TUDELA ARANDA (Coords.)

Daniel Jove Villares[1]
Universidad de La Coruña
España

ORCID: 0000-0002-1164-7796

RECIBIDO: 9 de enero de 2023
ACEPTADO: 13 de febrero de 2023

RESUMEN: Recensión del libro *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel*, coordinado por Javier Sierra Rodríguez, Fernando Reviriego Picón y José Tudela Aranda, publicado en 2022 por la Fundación Manuel Giménez Abad.

PALABRAS CLAVE: Democracia, consultas populares, Gobierno Abierto, participación.

Book review. Scenes of citizen participation: a multilevel view

ABSTRACT: Review of the book *Citizen participation scenarios: a multilevel view*, coordinated by Javier Sierra Rodríguez, Fernando Reviriego Picón y José Tudela Aranda, published in 2022 by Fundación Manuel Giménez Abad.

KEYWORDS: Democracy, consultations, Open Government, participation.

[1]Profesor contratado interino de Derecho Constitucional en la Universidad de La Coruña y Doctor en Derecho por la mencionada universidad.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

El libro colectivo *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel*, coordinado por Javier Sierra Rodríguez, Fernando Reviriego Picón y José Tudela Aranda y publicado por la Fundación Manuel Giménez Abad aborda, desde diferentes perspectivas, latitudes y enfoques (combina análisis teóricos con estudios empíricos) el fenómeno jurídico y político de la participación. Los veintiún autores y autoras proporcionan, a lo largo de los dieciséis capítulos que conforman la obra, una imagen pluridimensional de esa realidad poliédrica y compleja que es la participación. Esta particular condición de la participación explica y justifica, en gran medida, el método elegido para su estudio.

Un trabajo coral permite ahondar en cada uno de los contenidos de la mano de expertos y expertas en la materia, dando como resultado final un producto riguroso en los análisis y en los resultados y conclusiones obtenidas. Al tratarse de una obra colectiva, permite diferentes modos de lectura. Así, para quienes busquen estudios específicos sobre aspectos concretos de la participación, de seguro encontrarán algún capítulo o capítulos que susciten su interés, pues prácticamente cualquier temática que, de algún modo, incida o conecte con los instrumentos de participación de los que dispone la ciudadanía está considerada en las páginas de este libro. Desde la participación de la ciudadanía en la Unión Europea hasta el marco jurídico de la participación en España, pasando por experiencias prácticas y estudios teóricos de la participación en diferentes países, o posibles usos de la tecnología como medio de relación entre la ciudadanía y la las Administraciones Públicas.

Es cierto que, en conjunto, predominan los enfoques centrados en España, respecto de la que se estudia el marco normativo y posibilidades de acción en los diferentes niveles de gobierno. Así, el libro comienza con dos trabajos que sirven de marco general para el resto de capítulos, uno de Sierra Rodríguez, en el que se delimitan los contornos de la participación, y otro de Maeso Seco, centrado en la inescindible relación entre el Derecho Administrativo y la participación. Respecto del nivel autonómico de gobierno, se incluyen dos estudios, uno de Segura-Renau y otro de Fernández Silva, en los que las consultas populares tienen un papel destacado, aunque también se abordan otras posibilidades de acción existentes en unas Comunidades Autónomas que, desde la primera década del siglo XXI, se presentan como las verdaderas dinamizadoras de la participación en España. Aunque es en la esfera municipal dónde las prácticas en materia de participación parecen haber encontrado un terreno más fértil (al menos en la práctica cotidiana), acaso por tratarse de la Administración más próxima a la ciudadanía. En consonancia con ello, el libro incluye dos experiencias concretas desarrolladas en el ámbito local (una en Madrid y otra en la Región de Murcia, en la que Mayor Balsas y Ros Medina evalúan el grado de efectividad y éxito que ha tenido el uso de los presupuestos participativos en diversos ayuntamientos de esta comunidad autónoma).

Con todo, hay espacio para la cognición de otras realidades. En efecto, el libro cuenta con trabajos en los que se analizan las regulaciones y experiencias en materia de participación en países como Italia (Pizzanelli aborda en su capítulo tanto el modelo nacional como los regionales); Ecuador (en su estudio, Jara Iñiguez valora la experiencia y resultados, no excesivamente positivos, que supuso la incorporación al esquema institucional del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social) y México (respecto de este país incluye un estudio comparado con España, realizado por Imormino de Haro; y una evaluación de la participación de la ciudadanía a nivel municipal, realizada en coautoría por Ruvalcaba-Gómez y Vázquez Meza, en la que se presata especial atención a los municipios de Guadalajara y Zapopan, pertenecientes al estado de Jalisco).

Mención aparte merecen los dos trabajos en los que se ponderan las posibilidades de participación en la Unión Europea. Uno de ellos tiene su elemento nuclear en a la reforma de la iniciativa ciudadana europea (Viñuales Ferreiro), mientras el otro busca poner de manifiesto el esfuerzo y compromiso de la Unión Europea por hacer copartícipe a la ciudadanía en la construcción del proyecto europeo (Luena López). Por su parte, el trabajo de Montero Caro acerca del grado de integración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en los planes de acción de Gobierno Abierto viene a completar la panorámica internacional de la participación. En él, evalúa el grado de cumplimiento de diversos países de Asia, África, América y Europa; aunque es cierto que presta una atención particularizada (además de al caso español) a las acciones llevadas a efecto por los gobiernos de Brasil y México, lo que resulta plenamente coherente con la condición de fundadores de la OGP de estos últimos.

Como puede constatarse, el libro aglutina una importante variedad de contenidos, lo que pudiera llevar a pensar, combinado con su condición de obra colectiva, que se trata de una mera agregación de trabajos cuyo único nexo de unión es la participación. Con eso bastaría para situarlo como una obra de consulta de primer nivel, sin embargo, en este caso, el producto final es algo más que la simple suma de las partes que lo conforman. Por este motivo, vale la pena abordar su lectura como un todo, como el conjunto ordenado y bien estructurado que realmente es.

Es, precisamente, esa lectura continuada y sistemática del libro la que permite obtener una mejor comprensión del estado actual de la participación, de sus posibilidades y su margen de mejora. Además, solo mediante su abordaje holístico es posible detectar ciertas ideas y conceptos que atraviesan todo el texto, dándole coherencia y proporcionando una sensación de conjunto. La confianza y esperanzas depositadas en la tecnología, presentada como el medio capaz de canalizar, incentivar e, incluso, revitalizar la, a veces, aletargada voluntad de participación, es uno de esos hilos invisibles que tejen el libro; más allá de capítulos concretos en los que emerge con toda claridad, como ocurre con el trabajo de García González acerca de la inteligencia colectiva. Sin embargo, como apunta Castellanos

Claramunt en su más que pertinente capítulo, lo digital no debería verse como un bálsamo de Fierabrás capaz de solventarlo todo con su mera aplicación. Hay riesgos que considerar y amenazas que enfrentar, las noticias falsas, la desinformación o el efecto burbuja que las redes generan, pueden llevar al peor de los escenarios para la participación, una ciudadanía desinformada o sesgada. Y, como apunta el autor, «sin información la participación no es posible» (Castellanos Claramunt, p. 194).

Otras de las ideas subyacentes es el aumento de la preocupación de las instituciones por lograr una mayor involucración de la ciudadanía en la vida política y en el devenir de las sociedades en las que se insertan. Apostar por fomentar la participación resulta perfectamente comprensible. Esta sirve como medio de legitimación y, por tanto, como cauce para paliar ese mal que aqueja a las democracias representativas: la desconexión de la ciudadanía y la sensación de no sentirse suficientemente representada o considerada. Pero, además, tiene importantes incentivos tanto para los gobernantes como para los "gobernados". A los primeros les permite conocer mejor las preferencias de las personas, lo que, en ocasiones, les puede aportar nuevas ideas y posibilidades de acción que, quizá, no habrían llegado a considerar. Ejemplo de ello es el capítulo elaborado por Herranz Muelas y Muelas Recuenco, en el que se evalúa la experiencia, desarrollada por el ayuntamiento de Madrid en los primeros compases de la pandemia del COVID-19, "Madrid sale al balcón". Por otra parte, la participación también puede representar para el gobernante un medio de dilución de la responsabilidad (con un grado de intensidad menor que los instrumentos de democracia directa –singularmente el referéndum–); la suficiente para hacer atractivo el acudir a mecanismos que hagan del proceso decisorio un acto con un cariz más colectivo.

Desde la perspectiva de la ciudadanía, contar con mecanismos que permitan influir y/o hacer llegar sus reivindicaciones a los dirigentes públicos es una vía de acción valiosa, pues le permite ingerir en la vida política sin verse (no al menos necesariamente) mediatizados por la acción de los partidos políticos. En este sentido, el capítulo de Rubio Núñez, Marañon Martín y Gonzalo Rozas acerca de las variables a considerar a la hora de ejercitar actos de participación por parte de la ciudadanía constituye una aportación verdaderamente útil, para quienes quieran incrementar las probabilidades de éxito de sus iniciativas. No debe perderse de vista que la participación ha de realizarse con un fin, se participa en aras de alcanzar determinados objetivos, por lo tanto, no basta con la mera existencia de instrumentos de participación, sino que resulta imperativo conocer tanto su funcionamiento como los resortes que han de activarse para obtener el máximo rendimiento posible.

Más allá de los alicientes que la ciudadanía y los gobernantes puedan encontrar en la existencia de cauces de participación, no cabe duda de que estos tienen un impacto positivo en el devenir del sistema democrático, al contribuir a su legitimación, facilitar la adhesión de la ciudadanía a un modelo de gobernanza que

toma en consideración sus inquietudes (o que, al menos, cuenta con los medios para hacer llegar sus reivindicaciones) e, incluso, perfeccionar el modelo mediante la mejora de su funcionamiento. En este sentido, los instrumentos de participación se presentan como un revitalizante muy potente para las democracias representativas.

Con todo, el éxito de la participación, como, en general, el de cualquier cauce que pretenda involucrar a la ciudadanía en la vida política, viene condicionado tanto por la adecuación de los instrumentos jurídicos disponibles para su ejercicio como por la existencia de un sustrato adecuado para su desarrollo (v. gr. cultura política o compromiso ciudadano). Las mejores medidas para incidir en la acción de los gobiernos corren el riesgo de parecer inapropiadas o ineficientes si la sociedad está desconectada, apática o desencantada con la gestión de lo público. Y al revés, una sociedad con voluntad de participar, de cambiar y mejorar el sistema, puede verse extraordinariamente frustrada si no encuentra los canales adecuados para vehicular sus propuestas. Saber reconocer cuál es la situación de partida y adoptar las medidas necesarias para revertir esa tendencia es otra de esas ideas no explícitamente expresadas que van aflorando conforme se profundiza en la lectura de esta obra.

Finalmente, es necesario advertir que hay una temática se repite en varios capítulos, lo que, acaso, pudiera generar una cierta sensación de reiteración. Sin embargo, la constitucionalidad y posibilidades de activación de las consultas populares, en sus diversas modalidades, ameritan que se aborde su estudio desde más de un punto de vista. Su complejidad y capacidad movilizadora de la ciudadanía, unidas al bagaje histórico que arrastra esta figura, justifican la atención que se le dedica, en un libro que, pese a ser una obra colectiva, no cae en redundancias, sino que busca abarcar las diversas dimensiones de la participación…y lo consigue.

Revista Española de la Transparencia
RET. ISSN 2444-2607
Núm. 16. Primer semestre. Enero-junio de 2023
www.revistatransparencia.com

CC BY SA

Sección Recensiones y Reseñas
El derecho de acceso a la información…
por José Luis Dader García
Págs. 379-382

LIBRO: El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino (2022)

MANUEL SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA

José Luis Dader García[1]
Catedrático de Periodismo
Universidad Complutense de Madrid

ORCID: 0000-0001-7354-5587

ACEPTADO
RECIBIDO:

RESUMEN: Recensión del libro *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino* de Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva, publicado en 2022 en la Editorial Fragua.

PALABRAS CLAVE: transparencia, derecho de acceso a la información pública, derechos fundamentales.

Book review: The right of access to information. A tortuous road

ABSTRACT: Review of the book *The right of access to information. A tortuous road* by Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva published in 2022 by Fragua.

KEYWORDS: transparency, right of access to public information, fundamental rights.

[1] Catedrático de Periodismo en el Departamento de Periodismo y Comunicación Global de la Facultad de Ciencias de la Información de la Complutense. Doctor en Periodismo (1980). Especialista en Comunicación Política, Nuevos Movimientos de Profesionalismo Periodístico y Periodismo de Datos. Introdujo el 'periodismo de precisión' o de datos en España mediante la traducción del libro principal del iniciador estadounidense Philip Meyer (1993) y la publicación de su propio libro, "Periodismo de Precisión: La vía socioinformática de descubrir noticias" (1997).

La lucha por introducir en España una Ley de Transparencia que garantizara el acceso a la información generada y archivada por las administraciones públicas ha sido larga y plagada de obstáculos. Y ni siquiera se puede dar por concluida, cuando tantas evidencias demuestran a diario el contumaz esfuerzo de esas administraciones por dejar en papel mojado todas las exigencias de apertura que recoge la ley puesta en vigor a partir de 2014 para la Administración General del Estado y en 2015 para el resto de los sujetos obligados. Manuel Sánchez de Diego, autor de esta obra, ha destacado sin duda, con una larga y sólida trayectoria, en el esfuerzo, tanto organizacional y práctico como académico, por igualar a España en ese derecho con los estados democráticos más avanzados que ya lo disfrutaban de antemano.

Personalmente he tenido el honor de colaborar con él en varias ocasiones sobre el tema que nos ocupa, comenzando por un seminario internacional sobre "Periodismo de Precisión. Investigación en bases de datos" que organicé entre el 17 y el 19 de mayo de 1993, conmemorando el XXXV aniversario en España de la Fundación Fulbright. En dicho seminario el profesor Sánchez de Diego impartió una conferencia sobre "El conflicto entre la intimidad informática y el derecho de acceso a las bases de datos públicas. Límites en la legislación española y periodismo de precisión" que el autor cita de pasada en una nota a pie de página de la obra aquí reseñada. Últimamente hemos compartido recursos y asesoramiento jurídico en nuestros esfuerzos para hacer transparente, con inconcluso éxito, a la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).

Esta obra es, en efecto, el resultado del estudio y la experiencia del profesor Sánchez de Diego sobre las cuestiones de acceso a la información publica y transparencia, dos cuestiones a las que se enfrenta en el inicio de la obra y, en donde se reconoce perdedor: "De alguna forma en la pugna entre ambas expresiones -transparencia y acceso a la información pública- para imponerse en el lenguaje cotidiano, ha vencido la palabra "transparencia" (página 98), con consecuencias no pequeñas.- En todo caso, el esfuerzo del profesor de derecho constitucional se centra en reflexionar sobre la aparición de nuevos derechos fundamentales y, proponer como tal, el derecho de acceso a la información pública. De forma similar a como se hizo con el derecho a la protección de datos personales, primero con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y posteriormente por las sentencias del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, 94/1998, de 4 de mayo, y 202/1999, de 8 de noviembre.

Por eso, una parte importante del comienzo de la obra se dedica a defender la configuración de un derecho fundamental a acceder a la información pública. Aspecto aún no reconocido en España, como prueba el rango de ley ordinaria –en lugar de orgánica-, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. Su estudio y la exposición de cómo se está llevando a la práctica constituye el núcleo del libro. Particularmente interesante es

la exposición de las decepciones, falsas soluciones y errores de la Ley a las que el autor llama los *bugs* de la Ley, contradicciones evidentes. Considera el autor que dicha norma, que nació vieja (página 433) en contra de lo que pudiéramos pensar, no ocupa una posición central "sobre la que recayera toda la coordinación de las otras normas…" (página 117), ya que dicha Ley de Transparencia convive con normas autonómicas y locales, normativa específica y normas internacionales, todo lo cual exige un esfuerzo de interpretación sobre el encaje entre ellas.

Encontramos también una postura crítica sobre las llamadas causas de inadmisión que multiplican las dos previstas en el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos. En las páginas 199 a 201 encontramos una interesante tabla de la correlación entre los límites recogidos en el citado convenio internacional y la ley española. Este apartado finaliza con una referencia a la limitación de los límites.

El esquema del libro continúa con una estructura clara, muy propia de la comunicación que recuerda a quién dice, a quién, qué, cómo, porque medios… en los apartados dedicados a quiénes están obligados a la transparencia, qué debe ser transparente, sus límites y causas de inadmisión y, cómo se ejerce el derecho que esta ley reconoce. Resulta valioso el esquema que se encuentra en la página 313 sobre los problemas con una petición de información.

Al analizar las modalidades de la transparencia, el autor propone que a las dos vertientes tradicionales: publicidad activa y derecho de acceso se añada una tercera: los datos abiertos sindicados ofrecidos gracias a la tecnología. A ello se une una sección referida a la organización y los mecanismos de cumplimiento de la transparencia: órganos garantes, órganos administrativos y a la protección jurisdiccional. Es encomiable el reconocimiento que el autor hace de la labor desempeñada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) cuando fue presidida por Esther Arizmendi.

El último capítulo conecta con propuestas de mejora del sistema de transparencia bajo un título no demasiado optimista: "Un futuro incierto. Más allá de la colina", en donde utilizando las referencias bíblicas se refiere a los fariseos de la transparencia, aquellos hablan de la transparencia, abogan por ella, pero no se "viven" la transparencia y, que al final generan más opacidad que transparencia. Se trata de «"cubrir el expediente" de la transparencia, sin ser sancionado por divulgar información y, para ello hay muchos resquicios, rendijas de la obligación de transparencia» (página 408). En último término, siempre pueden recurrir a dar "la callada por respuesta". Por el contrario, también encontramos en la obra una referencia a los apóstoles de la transparencia, aquellos que han realizado una meritoria y relevante acción en favor de la transparencia. Cita el autor a la primera presidenta del CTBG, Esther Arizmendi, como representante de los funcionarios transparentes y a Helen Darbishire de la sociedad civil.

Termina el libro dando unas pinceladas sobre lo que debe ser la transparencia en el futuro: no se puede olvidar lo esencial que se trata de un derecho de todas las personas a saber; que la complejidad genera opacidad; que se debe actuar de buena fe; que la transparencia es también diálogo; que es necesario un marco jurídico más avanzado; que el tiempo es clave en la transparencia y que es imprescindible la formación y la comunicación sobre transparencia.

En definitiva, gracias a la sistematización que Sánchez de Diego nos brinda en este detallado y omnicomprensivo estudio, cualquier interesado en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en España, al igual que todos los especialistas e investigadores en Derecho de la Información, encontrarán aquí una referencia indispensable para seguir avanzando hacia una consolidación inapelable de esta democrática aspiración jurídica.

#RET

Revista Española de la Transparencia

CC BY SA