

## Transparencia en perspectiva del gobierno abierto: aproximaciones y mapa conceptual

Lorayne Finol Romero\*

### RESUMEN

*Conceptualizar la transparencia en distintas perspectivas podría brindar certeza jurídica a políticas de datos abiertos por su importancia para abrir la sala de máquinas del Estado. De esta manera, en este trabajo descriptivo se proponen dimensiones doctrinales emergentes que podrían contribuir a procesos de automatización de la gestión pública para mejorar la confianza del sector público. Para ello, se describe un mapa conceptual multinivel que permite entender a la transparencia como un derecho fundamental y, a la vez, principio jurídico del régimen de gobierno abierto, acorde con procesos de transformación digital del sector público que demanda la cuarta revolución industrial. A modo de conclusión, se recomienda su concreción jurídica dual porque posibilita el reconocimiento del derecho a la transparencia como un imperativo democrático para afrontar oportunidades y desafíos que ofrece la reutilización de la información de interés público. Además, podría ser el marco teórico del diseño de un régimen legal unificado que dé cabida a las reformas legales necesarias para impulsar sistemas de decisión administrativa automatizada, el tratamiento de grandes conjuntos de datos y, en perspectiva futurista, otras posibles soluciones provistas por la inteligencia artificial, minimizando la afectación del derecho a la privacidad en el proceso de diseño de políticas, que la accesibilidad a mayor volumen de datos abiertos podría acarrear.*

Transparencia; gobierno abierto; datos abiertos

### *Transparency in perspective of open government: approach and conceptual map*

*The conceptualization of transparency in different perspectives could bring legal certainty to the design of opening of the State's engine room. For this reason, in this descriptive work, emerging doctrinal dimensions are defined that could contribute to the legal regime of open government as*

---

\* Abogada y Magíster en Economía y Finanzas Públicas, Universidad del Zulia, Venezuela. Máster en Evaluación de Políticas Públicas, Universidad Internacional de Andalucía, España. Doctora en Derecho, Universidad del Zulia, Venezuela. Profesora e Investigadora, Universidad Central de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7084-2412>. Correo electrónico: [lorayne.finol@ucentral.cl](mailto:lorayne.finol@ucentral.cl).

Esta investigación es resultado de dos proyectos de Investigación I+d financiados por el Instituto de Investigación y Postgrado de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile, titulados: "Proceso de (des) contextualización de la transparencia del derecho de acceso a la información pública, a la luz de la teoría y la praxis diez años después de la ley 20.285" y "Transparencia Algorítmica del Sector Público", en los que la autora es Investigadora Principal. Además, forma parte de la estancia de investigación financiada por el Programa de Movilidad Internacional Fundación Santander Universidades, versión 2022.

Artículo recibido el 20.10.2022 y aceptado para su publicación el 3.5.2023.

*well as processes to improve trust, efficiency, and effectiveness by means of technological applications and public sector. A multilevel conceptual map with a double dimension on transparency has been proposed; as a fundamental right and, at the same time, a legal principle of the open government regime in accordance with the digital transformation processes of the public sector and accordance with the fourth industrial revolution. By way of conclusion, its dualistic legal concretion is recommended because it enables to recognize the right to transparency as a democratic imperative to face opportunities and challenges of any political, economic, and legal aspects. In addition, it could be the framework for the unification of the regimen of automated administrative decision systems, the treatment of large data sets, and, in a futuristic perspective, other possible solutions provided by artificial intelligence based on accessibility to open data in the policy design process even though the problems of privacy of its implementation.*

Transparency; open government; open data

## I. INTRODUCCIÓN

En el derecho comparado se observa la regulación de la transparencia desde diferentes perspectivas. Por una parte, como positivización política de la transparencia responsable de la legitimación democrática en tanto que, por el derecho administrativo, como mecanismo anticorrupción y rendición de cuentas. Por otra parte, en el derecho constitucional, se reconoce como una garantía del derecho de acceso a la información, y en muy pocos casos, se regula como un principio fundacional para que el gobierno sea abierto y confiable<sup>1</sup>. Conforme con ello, es por lo que en este trabajo se propone un posicionamiento doctrinal que recoge diferentes perspectivas por medio de un mapa conceptual multinivel que podría resultar favorable a la concreción jurídica *lege ferenda* de la ola desarticulada de normas de transparencia promulgadas en el último lustro<sup>2</sup>.

El problema bajo análisis se centra en la necesaria unificación de las reformas legales necesarias para la consolidación de la transparencia que además de mejorar la confianza en la gobernanza por medio de la rendición de cuentas, contribuya con la transformación digital del aparato estatal como un imperativo democrático. Este tema reviste especial importancia con el advenimiento de cuarta revolución industrial, lo que Mark Bovens<sup>3</sup> describe como un nuevo escenario para nuevos derechos políticos y reconocimientos de otros ya otorgados a una población cada vez más amplia.

Simultáneamente en Latinoamérica persisten países con una administración pública burocrática, asimétrica y analógica en pleno siglo XXI. En otras palabras, la cuarta revolución industrial caracterizada por una mayor demanda en la gestión de grandes conjuntos de datos, combinada con potentes sistemas automatizados programados por algoritmos y estrategias de *machine learning* dirigen procesos y decisiones en una sociedad interconectada a escala mundial<sup>4</sup>. Teniendo en cuenta que estas novedosas estrategias

<sup>1</sup> COTINO-HUESO, 2017

<sup>2</sup> FINOL-ROMERO, 2022, p. 5.

<sup>3</sup> BOVENS, 2002, p. 317.

<sup>4</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 2022.

se alimentan del tráfico de grandes conjuntos de datos, generalmente provistos por los registros de información de los organismos estatales, es por lo que el tema de la transparencia representa una oportunidad para estandarizar portales de acuerdo con estándares de datos abiertos legibles por máquinas y con perspectiva de justicia de datos<sup>5</sup>.

Siendo así, la premisa que apoya este análisis apunta a la relación que existe entre mayor disponibilidad de datos del gobierno, facilitación de procesos de toma de decisiones de la personas y creación de políticas abiertas con un alto valor público, requiere adoptar un nuevo marco legal digital para equilibrar el poder, responsabilizar a quienes ostentan el poder y reconocer nuevos derechos políticos. De todo ello, podría resultar como externalidad positiva, un incremento de la confianza en el sector público<sup>6</sup>. Lo anterior acorde con las recomendaciones de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) en el mismo sentido que el Parlamento Europeo (UE), quienes impulsan la apertura de la información, como una estrategia de la agenda económica para el desarrollo y también como epicentro del cambio global que ocasiona que las personas en distintos ámbitos y diferentes actividades tomen decisiones basadas en la información disponible en internet<sup>7</sup>.

En este orden de ideas, en este artículo se describe un mapa conceptual que podría dotar de fundamentos teóricos al proceso de profundización de la transparencia de la función pública acorde con las necesidades de la sociedad digital<sup>8</sup>. Lo anterior cobra valor en tiempos controvertidos, donde el respaldo popular por medio del sufragio no es suficiente para legitimar procesos de toma de decisiones de los hacedores de las políticas<sup>9</sup> y donde, además, los procesos de apertura de la información, mediante sistemas tecnológicos, podrían ser la clave para profundizar la transparencia, desde la perspectiva del gobierno abierto<sup>10</sup>.

Conforme con ello, el contenido del artículo fue organizado en dos partes. En la primera, se aborda la discusión teórica acerca de la transparencia y se analiza desde la perspectiva multinivel: política, jurídica y económica. En la segunda parte se propone un marco conceptual dualista de la transparencia, cuyo contenido podría cristalizar la concreción jurídica de procesos normativos que buscan abrir la caja negra del Estado.

## II. PERSPECTIVAS DE LA TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Considerando la contumacia del sector público frente al procesamiento de grandes volúmenes de información, en el contexto de la nueva realidad de la sociedad basada en

<sup>5</sup> SOLANO, SIDDHART y TAYLOR, 2022, p. 18.

<sup>6</sup> OCDE, 2019.

<sup>7</sup> CARTA INTERNACIONAL DE DATOS ABIERTOS, 2015.

<sup>8</sup> COTINO-HUESO, 2013, p. 55.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, 2011, p. 27.

<sup>10</sup> MEMORANDO DE BARACK OBAMA SOBRE *OPEN GOVERNMENT*, 2009.

la gestión de conjuntos de datos, las tecnologías de aprendizaje automático –*machine-learning*– y los algoritmos que las impulsan, podrían proveer un enorme potencial para hacer que los servicios gubernamentales sean más efectivos, y además liberar la toma de decisiones de la subjetividad humana<sup>11</sup>. Situación antes descrita, que al igual que la electricidad hace más de cien años, fue capaz de cambiar la forma como opera el mundo<sup>12</sup>. Frente a ello, la premisa que cobra más valor es que la reutilización de la información del sector público apoyada por la tecnología de procesamiento de conjuntos de datos, son nudos críticos que podrían impulsar nuevos procesos para el desarrollo social y económico, que permita al gobierno prestar servicios de calidad a los ciudadanos en forma confiable y facilitar una mayor productividad, así como el progreso en todas sus dimensiones<sup>13</sup>.

De esta manera el fenómeno conocido como *data-driven-society* en mayor parte configurado por datos provistos por el sector público, representa la materia prima de procesos de transformación de datos, en información de alto valor público, como por ejemplo, la elección de la ruta menos congestionada o menos peligrosa para ir al trabajo, también el nombre del conductor del taxi y si tiene o no registro de delitos sexuales, del mismo modo que la zona geográfica con mayor catástrofes naturales o contaminación ambiental, así como también, elegir la escuela en el vecindario con mejor rendimiento académico, o índice de la tasa de delitos violentos, sin mencionar los beneficios de predictibilidad de tratamientos de la salud, entre otros ejemplos<sup>14</sup>.

No obstante los aspectos positivos mencionados, el uso de la tecnología conocida como algoritmos programados para tomar decisiones automatizadas en la administración pública, también podría generar otras afectaciones en la esfera jurídica de las personas. Todo esto, acorde con Peeters y Schuilenburg<sup>15</sup>, puede causar amenazas a la privacidad y otros derechos intersectoriales como la libertad de tránsito, afectando su eficacia para predecir decisiones y el comportamiento de las personas, así como responsabilizar el proceder de los gobernantes. Lo que se agudiza como consecuencia de la forma cómo interactúan las personas en la sociedad digital, descrita por Pentland como *driven-data-society*<sup>16</sup>.

De esta forma, por la necesidad de repensar cómo la transparencia puede mejorar la gobernanza abierta, responsable y confiable, a menudo el consenso entre detractores y seguidores coincide en que se necesita más transparencia en la gestión de la información pública, entendiéndose por tal, acceso, gestión y disponibilidad de datos de calidad y con estándares homogéneos. Por consiguiente, este trabajo defiende la tesis que una mejor regulación de la transparencia podría ser una posible solución a la variada gama de desafíos que enfrentan los gobiernos al momento de decidir, diseñar políticas y evaluar sus resultados<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> MARGETTS y DOROBANTU, 2019.

<sup>12</sup> Ng, 2017.

<sup>13</sup> CIRCULAR A-130, 2016.

<sup>14</sup> Directiva (UE) 2019/1024.

<sup>15</sup> PEETERS y SCHUILENBURG, 2018, p. 268.

<sup>16</sup> PENTLAND, 2013.

<sup>17</sup> CUCCINIELLO, PORUMBESCU, y GRIMMELIKHUIJSEN, 2017, p. 32.

Por esta razón, los legisladores improvisadamente han favorecido a la profundización de la crisis de confianza en la democracia mediante procesos de desregulación que terminan ocasionando la descontextualización jurídica en la positivización de la transparencia, a pesar de su importante funcionalidad para abrir la caja negra del gobierno<sup>18</sup>. Esta premisa se apoya en el análisis comparativo del ámbito material legislativo de algunos países latinoamericanos que permite concluir que las leyes dictadas se han limitado a garantizar las solicitudes de información requeridas por medio del derecho de acceso a la información y protegidas judicialmente mediante el recurso de protección<sup>19</sup>.

En tanto que, en algunos casos, por la fiscalización de la obligación de publicar en portales de datos gubernamentales información que obra en poder de los estamentos públicos, bajo la consigna “publicar o perecer”, garantizando mayor cantidad y volumen de información disponible, en lugar de mayor calidad y valor público. Lo que, acorde con Criado *et al.*<sup>20</sup> sería metafóricamente hablando, han embotellado un buen vino viejo, es decir, continúan repitiendo prácticas del secretismo estatal en lugar de favorecer al diseño de políticas confiables y responsables. Lo anterior en vista de que los portales de datos gubernamentales se verifican sin considerar estándares homogéneos de acceso abierto y comparabilidad y oportunidad, requisito indispensable cuando el fin de la norma es facilitar la reutilización de los datos en la creación de valor público<sup>21</sup>.

La posición esgrimida por este trabajo, acorde con Lorenzo Cotino-Hueso<sup>22</sup>, podría dotar de certeza jurídica al régimen legal basado en abrir las decisiones del gobierno a la vista de todos los actores, que además de fortalecer la eficacia del derecho de acceso a la información como derecho fundamental, también abre paso a una nueva generación de derechos políticos, por medio de iniciativas que buscan generar portales de datos abiertos. Teniendo en cuenta que este proceso ha sido entorpecido por lo que Finol y Aponte<sup>23</sup> caracterizan como el fenómeno de la descontextualización de la transparencia, a raíz de posiciones judiciales como la expresada por la jurisprudencia constitucional chilena, que describe como un exceso jurídico la entrega de información pública, porque *el principio de transparencia no ha sido reconocido expresamente por la letra de la Constitución*.

Consecuencia de ello, el sentido teleológico de los portales de transparencia resultan atrincherados por la errática interpretación judicial que en forma restringida desaplica normas garantes de la institucionalidad de la democracia; y elude el verdadero sentido instrumental de la transparencia, comprendido por garantizar el régimen democrático y el control del poder, obligando a las autoridades a responder de sus actos y dar cuenta de ellos, por medio de procesos que buscan abrir la sala de máquinas del Estado, como principio esencial del gobierno abierto.

<sup>18</sup> BOBBIO, 2013.

<sup>19</sup> FINOL-ROMERO, 2022, p. 49.

<sup>20</sup> CRIADO *et al.*, 2018, p. 61.

<sup>21</sup> SAFAROV *et al.*, 2017, p. 1-27.

<sup>22</sup> COTINO-HUESO, 2013, p. 60.

<sup>23</sup> FINOL y APONTE, 2021, p. 356.

Asimismo, la descontextualización en la regulación de la transparencia aunada a la tradición marcada de corte positivista del derecho latinoamericano impide avanzar en el proceso de reconocimiento constitucional –por lo menos no todavía– del derecho a la buena administración y el principio al buen gobierno, del mismo modo que a los procesos de digitalización de la función pública en forma ponderada. Por el contrario, el proceso de fundamentación de la transparencia experimentado en el ámbito de la Unión Europea ha incluido una norma directa en el artículo 41 Carta de los Derechos Fundamentales (2000/C364/01) relativa a un derecho fundamental al buen gobierno y, además, ha contemplado el derecho a una buena administración, según el que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable.

Mientras tanto, organismos multilaterales preocupados por este desfase entre digitalización, infraestructuras tecnológicas y gestión pública han elaborado un conjunto de recomendaciones y directrices que se analizan en este trabajo, porque proporcionan un marco conceptual más amplio y compatible con las nuevas realidades de una sociedad digital que observa cómo mediante la facilitación del acceso y la reutilización de datos disponibles del sector público se podría transformar a las instituciones del Estado, haciéndolas más transparentes y responsables frente a los ciudadanos<sup>24</sup>. De modo que, frente a la excesiva fragmentación regulatoria jurídica y política extendida por la contumacia de algunos gobiernos de acatar las recomendaciones necesarias, al final se configura un escenario que incrementa el descontento social expresado por medio de movimientos sociales autoconvocados que se viralizan fácilmente mediante la expansión de internet<sup>25</sup>. Todo esto obliga a repensar la forma de responder de las autoridades.

En este aspecto, hay que hacer una prevención importante, en el análisis comparado de este tipo de normas en América Latina relativas al gobierno abierto, la mayor parte de ellas resulta en una combinación de múltiples elementos combinados entre principios de transparencia y digitalización del Estado<sup>26</sup>. De tal forma que, considerando que las revisiones de literatura acerca de datos abiertos son limitadas, y sobre todo aquellas que incluyen el tema de la formulación de políticas de datos abiertos conforme con el gobierno abierto son poco frecuentes en español<sup>27</sup>, a continuación se analiza la transparencia desde tres perspectivas, siguiendo el desarrollo analítico multinivel que involucra el análisis de contenido desde diferentes perspectivas<sup>28</sup> y siguiendo el enfoque de Schauer<sup>29</sup> cuando aborda la transparencia desde tres dimensiones, y llega a la conclusión que depende cómo se mire y el lugar donde estemos sentados, la transparencia encaja en múltiples temáticas.

<sup>24</sup> OCDE, 2019, OCDE, 2021 y Directiva (UE) 2019/1024.

<sup>25</sup> BOVENS, 2002.

<sup>26</sup> FINOL-ROMERO, 2022, respecto de la positivización de la transparencia en América Latina, p. 59.

<sup>27</sup> ZUIDERWIJKA y HINNANTB, 2019, p. 117.

<sup>28</sup> GIESTA y GRIMMELIKHUIJSEN, 2020, p. 411.

<sup>29</sup> SCHAUER, 2014, p. 85.

### 1. *Transparencia desde la perspectiva política*

En relación con los teóricos del Derecho que se han pronunciado acerca de cambios políticos destinados a abrir el gobierno, es importante referirse a Norberto Bobbio, quien establece como un principio democrático que: “el gobierno de lo público, [*debe ser*] en público”<sup>30</sup>. Es decir, de acuerdo con el autor precitado en una democracia constitucional las funciones estatales deben ser ejercidas, a la vista de todos, con transparencia, no en opacidad, ni oculta dentro de una caja blindada. En otras palabras, a la transparencia desde la perspectiva política, se le endosa la responsabilidad de supervigilancia y la garantía del control social en el funcionamiento de los poderes públicos.

Lo que en la práctica ha desencadenado una oleada de leyes de transparencia, conducidas a juridificar aspectos políticos de la democracia que buscan hacerse cargo del declive de la confianza en los gobiernos y que, además, afectan la gobernanza democrática. Pero en la práctica no pueden ser evaluados como eficaces, porque su ámbito material es efímero y se relaciona con prácticas anticorrupción, olvidando que la transparencia del gobierno no es una panacea, y no siempre tiene resultados concretos en este debate. De tal manera que la materia regulatoria para la transparencia, normativizada con contenidos poco claros como antídoto para la corrupción, podría degenerar externalidades negativas, como menos confianza y pérdida de legitimidad en el gobierno<sup>31</sup>.

De tal manera que, haciendo un balance general entre el nexo causal del derecho de acceso (DA), transparencia (TA) y apertura de procesos de gobierno (GA), es importante detenerse en algunas precisiones a propósito de la dispersión presente en la doctrina en constante ebullición en torno a este tema, de la que la legislación no ha quedado exenta y necesita más investigación empírica. Para comprender mejor la relación entre datos abiertos y transparencia hay que referirse a la célebre frase del juez de la Corte Suprema estadounidense Louis Brandeis, quien aseguró: “La luz del sol es el mejor desinfectante”<sup>32</sup>. De manera que en una primera etapa la política de transparencia estuvo forjada tácitamente, a la misma medida del reconocimiento del derecho de acceso a la información, como un mecanismo de control democrático para disminuir la corrupción, sin perjuicio que, actualmente, frente a la pregunta qué formas de transparencia ha identificado la literatura reciente, y qué resultados se le atribuye en la consecución de esos objetivos, la discusión no está concluida del todo y amerita más detenimiento.

Al respecto véase cómo la Ley N° 20.285 de Chile, cuyo objeto regulatorio es garantizar el derecho de acceso a la información de los órganos del Estado, los procedimientos para su ejercicio y su amparo, así como las excepciones a la publicidad de la información, no incluye obligaciones para el buen gobierno o la buena administración, es decir, procesos de toma de decisiones basados en grandes cantidades de datos, como sí lo estipula por mandato legal el legislador en Estados Unidos en la *Open Government*

<sup>30</sup> BOBBIO, 2013, p. 84.

<sup>31</sup> CUCCINIELLO, PORUMBESCU, & GRIMMELIKHUIJSEN, 2017, p. 32.

<sup>32</sup> CITADO POR SCHAUER, 2014, p. 91.

*Data Act*<sup>33</sup>. En forma parecida, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México, en cuyo objeto regulatorio expresamente establece transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información oportuna, verificable, inteligible, relevante e integral; además de fomentar la rendición de cuentas, también involucra el ámbito legal de protección de datos personales<sup>34</sup>.

En contraste, la menos longeva Ley 19/2013 de España, cuya materia regulatoria sí considera ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública mediante las obligaciones presuntivas de buen gobierno<sup>35</sup>, por lo que, en un principio, dio lugar a considerar que podría ser una facultad equiparable a las atribuciones de la extinta Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios en España<sup>36</sup>. Es decir, dentro de esta perspectiva el legislador español incorpora el espíritu finalista de la transparencia, dimensionado como un principio de gestión para el buen gobierno, para la apertura de la sala de máquinas del Estado.

En el mismo tenor lo explica Beth Noveck<sup>37</sup>, al comparar la política de abrir la información por medio de procesos transparentes, con una obligación legal que, además de la disponibilidad de datos al alcance de todos los actores, facilite su evaluación y control, así como la reutilización de la información pública en la creación de soluciones con alto valor estratégico, incorporando avances de la revolución de la información y la tecnología, lo que haría posible que una amplia gama de información del sector público configure un diverso y valioso conjunto de activos de datos, que pueden beneficiar a la sociedad mediante su reutilización<sup>38</sup>.

En este orden de ideas, hay que hacer un punto respecto del principio de *Collaboration*, descrito en el Memorando de Transparencia y Gobierno Abierto<sup>39</sup>, según este, por la necesidad de innovar métodos, herramientas y sistemas de cooperación entre los diferentes niveles del gobierno y la ciudadanía justifica la incorporación de la tecnología provista por sistemas algorítmicos, que facilitan la modernización de prácticas de gestión pública transversalmente, es decir, de ida y vuelta y no unidireccionalmente. Todo lo anterior tiene relación con el modelo de gobierno abierto, así como la adopción rápida y a gran escala de nuevas tecnologías.

Desde esta perspectiva, repensar la forma cómo regular por medio de normas concretas la transparencia en perspectiva con el gobierno abierto cobra importancia porque permite redimensionar la calidad de la democracia y, al mismo tiempo, impulsar un cambio cultural, donde procesos colaborativos mecanizados cada vez más habituales, tienen cabida en el proceso de diseño de políticas de calidad<sup>40</sup>. De allí que doctrinalmente

<sup>33</sup> LAW (OPEN) GOVERNMENT DATA ACT DE 2019.

<sup>34</sup> FINOL-ROMERO, 2022, p. 14-15.

<sup>35</sup> LEY 19/2013, DE ESPAÑA, 2013.

<sup>36</sup> COTINO-HUESO, 2013, p. 60.

<sup>37</sup> NOVECK, 2017, pp. 1 y ss.

<sup>38</sup> DIRECTIVA (UE) 2019/1024 DE 2019.

<sup>39</sup> MEMORANDO DE BARACK OBAMA SOBRE TRANSPARENCIA Y OPEN GOVERNMENT, 2009.

<sup>40</sup> CASTELLS, 2006, p. 30.

se reconoce a la alocución transparencia como un mecanismo para el fortalecimiento y preservación de la legitimidad en las organizaciones que, a tenor de la evolución de la sociedad de la información, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos, se han adaptado vertiginosamente a la manera cómo las sociedades se relacionan con la información que, en términos amplios, han hecho que el derecho a la información se deba profundizar.

## 2. *Transparencia desde la perspectiva jurídica*

En el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos se reconoce a la transparencia como un pilar de la democracia<sup>41</sup>, y un derecho humano<sup>42</sup>. Esta posición, también se establece en los alegatos esgrimidos en la Sentencia Claude Reyes y otros contra Chile<sup>43</sup>, y la Sentencia Kimel contra Argentina<sup>44</sup> donde la Corte justifica el principio de publicidad y transparencia, garante del control democrático ejercido por medio del derecho de acceso a la información de las actividades estatales, como una especie de control de fiscalización con una dimensión social, ejercido por las personas (dimensión individual), siempre pensando que promueve la responsabilidad de los funcionarios en la gestión pública.

En este punto, es importante enfatizar el alcance limitado de la regulación de la transparencia como mecanismo garante del derecho de acceso en esta etapa, debido a los resultados insuficientes evidenciados en el persistente malestar de la democracia<sup>45</sup>. Por lo anterior, se piensa que es esencial abordar la relación triangular entre: transparencia, apertura y nuevas tecnologías, con el fin de dilucidar si el debate entre transparencia y apertura puede rendir frutos<sup>46</sup>. En la misma vereda, Villaverde-Menéndez<sup>47</sup> a la transparencia la define como una institución constitucional que por su condición instrumental para la protección efectiva de determinados bienes jurídicos (ejemplo control y vigilancia), así como su injerencia con la concreción del sistema democrático y del estado de derecho, la considera un principio rector de la gestión pública, que debe estar recogido dentro de las normas constitucionales.

Lo anterior, en oposición a la tesis de positivistas que señala, frente a problemas de derecho y política, debido al carácter esencialmente reflexivo de la política, considera que esta es independiente a lo jurídico, toda vez que el derecho como sistema de normas basado en un orden jerárquico, pretende ordenar lo que pareciese no ordenable, y, por tanto, omite la reflexividad de lo jurídico y, con ello, a la política en el derecho<sup>48</sup>. Por otra parte, hay que señalar la Constitución Francesa quien deposita la transparencia como

<sup>41</sup> CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, 11.09.2001

<sup>42</sup> VILLAVERDE-MENÉNDEZ, 2019, p. 114.

<sup>43</sup> CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, 19.09.2006.

<sup>44</sup> CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2.05.2008.

<sup>45</sup> GLOBAL DEMOCRACY [EUI], 2020.

<sup>46</sup> HEALD, 2006, p. 36.

<sup>47</sup> VILLAVERDE-MENÉNDEZ, 2019, p. 114.

<sup>48</sup> PURÁN-ROSAS, 2022, p. 379.

garantía social de vigilancia en manos de todos los franceses, equiparable al rol de los padres de familia, a las esposas y a las madres, así como a los jóvenes ciudadanos<sup>49</sup>, bajo la premisa, que la transparencia es un valor en sí mismo, que conlleva una prestación de hacer de los sujetos obligados, para que los sujetos vigilantes puedan ejercer el escrutinio político o función social democrática.

Posición similar a lo que proponen Droguett y Walker<sup>50</sup>, cuando explican que el derecho a ser informado acerca de los asuntos de interés público dice relación inseparable con el gobierno abierto, porque promueve legitimidad, rendición de cuentas de las autoridades y participación ciudadana en la toma de decisiones, quien, por medio del uso de las nuevas tecnologías, conlleva un cambio cultural y una nueva forma de gobernar: por, para y con la ciudadanía, por medio de prácticas de datos abiertos<sup>51</sup>.

Mientras que Florini<sup>52</sup> afirma que el debate referente a la transparencia y el acceso a la información se podría profundizar mediante nuevas tecnologías, siempre con ponderación entre la utilidad de la transparencia de la información y la protección de otros derechos fundamentales intersectoriales, como por ejemplo, derecho a la privacidad, explicabilidad y no intervención de la automatización en la vida de las personas, cuando el secreto estatal puede perjudicar la seguridad pública o el funcionamiento mismo del Estado, o cuando la publicidad de la información afecta la privacidad, intimidad y la honra, aunque se trate de sistemas automatizados de toma de decisión<sup>53</sup>.

Por su parte, Sánchez de Diego<sup>54</sup> equipara a las prácticas de transparencia por medio de datos abiertos, con un principio rector más amplio que el derecho de acceso a la información pública en sí misma, porque transparencia y gobierno abierto son referencias de una democracia avanzada y no meros espejismos de una comunicación política unidireccional que busca la conformidad del *pueblo sumiso* y reduce a las sociedades a conglomerados de súbditos. Mientras que, de acuerdo con Meijer<sup>55</sup>, proveer una mayor apertura de la sala de máquinas del Estado al escrutinio externo de los ciudadanos podría lograr mejores procesos de toma de decisiones.

En este aspecto, conviene hacer la siguiente prevención para referirse al arte o manera de gobernar, en inglés *governance*, debido a que en este trabajo se entiende como el término gobernanza a la fórmula con la que el gobierno por medio de un nuevo proceso-condición-método, crea las condiciones para que las personas ocupen un lugar céntrico, es decir, gobernar con enfoque *pro hominis*<sup>56</sup>. Entendida como una gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, responsabilidad y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia. Acorde con esta premisa, la Organización para la

<sup>49</sup> CONSTITUCIÓN FRANCESA, TÍTULO XIV. 377, de 1795.

<sup>50</sup> DROGUETT GONZÁLEZ Y WALKER SILVA, 2020, p. 25.

<sup>51</sup> PIÑEIRO ET AL., 2021, pp. 1 y ss.

<sup>52</sup> FLORINI, 2007, pp. 1-16.

<sup>53</sup> PALMA-ORTIGOSA, 2019, p. 7.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO, 2016, p. 414.

<sup>55</sup> MEIJER, 2009, p. 257.

<sup>56</sup> AGUILAR-VILLANUEVA, 2015, p. 115.

Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD/LEGAL/0438)<sup>57</sup>, ha impulsado entre sus Estados miembros estrategias de gobierno abierto que promueven la disponibilidad clara, completa, oportuna y relevante de data e información en formatos legibles por máquinas, fácil de encontrar y entender, comparables y reutilizables, con énfasis en la participación de todos los actores.

En suma, porque el gobierno abierto supone una transición institucional de las democracias del secreto hacia la búsqueda de nuevos modelos de gobernanza, fundados en la recuperación de la confianza y legitimidad de la acción pública, siempre buscando contar con la ciudadanía como centro y protagonista de su propio desarrollo<sup>58</sup>. De esta forma, las administraciones nacionales están adoptando el gobierno abierto como una prioridad de sus proyectos públicos, como por ejemplo la Unión Europea (UE) que en su Plan de Acción para el Gobierno 2016-2020, contempla la transición de las administraciones públicas de la Unión hacia modelos de gobernanza abiertos, más eficientes e inclusivos<sup>59</sup>.

Dentro de estas líneas argumentativas se ubica Sandoval-Ballesteros<sup>60</sup> quien justifica la necesidad de profundizar prácticas de transparencia que faciliten el acceso a la información, por su utilidad para expandir la democracia mediante procesos de toma de decisiones confiables, participativos y con rendición de cuentas. En el mismo sentido que Schauer<sup>61</sup> cuando justifica profundizar prácticas de transparencia, por su importancia en procesos de toma de decisiones en diferentes dimensiones, ya que a pesar de reconocer que su implementación se ha impulsado de formas muy variadas y confusas, defiende la transparencia por su vínculo con la democracia, la eficiencia y otros fines teleológicos, como, por ejemplo, prevenir los peores escenarios posibles en procesos de toma de decisiones en diferentes contextos.

Lo explicado hasta este punto, podría unificarse dentro del marco conceptual dualista explicado por Meijer, Hart y Worthy<sup>62</sup> como la teoría del doble reinado –en inglés *Two Realms*–, en donde se compara a la transparencia de la función pública con un concepto bidimensional, que relaciona aspectos políticos y jurídico-administrativos, para dar lugar a una materia normativa armonizadora de contenido uniforme, mucho más amplia que una nueva estrategia para combatir la corrupción, porque triangula en un mismo ciclo, la redacción de leyes para el gobierno abierto, con la implementación de estrategias específicas, y consultas en línea de todos los actores involucrados.

En el mismo orden de ideas, Cotino-Hueso<sup>63</sup> afirma que transparencia es un instrumental que redunde en beneficio de valores y normas, del mismo modo que en aspectos cruciales como eficiencia y eficacia de la gestión pública, que no puede minimizarse a

<sup>57</sup> RECOMMENDATION OF THE OECD COUNCIL ON OPEN GOVERNMENT, 2017.

<sup>58</sup> CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ABIERTO, 2016.

<sup>59</sup> GONZÁLEZ-GALLEGO *ET AL.*, 2021, p. 220.

<sup>60</sup> SANDOVAL-BALLESTEROS, 2013, p. 104.

<sup>61</sup> SCHAUER, 2014, p. 81.

<sup>62</sup> MEIJER *ET AL.* 2015, p. 5.

<sup>63</sup> COTINO-HUESO, 2017, p. 7.

una conducta subjetiva tutelada al alero del derecho a la libertad de expresión, sino que hay que entenderla, además, como un principio jurídico objetivo que permite evaluar el quehacer del aparato público como un imperativo democrático para la recuperación de la legitimidad de la acción gubernamental.

De tal manera que cuando Rubiños<sup>64</sup> plantea que, para aplacar el temor ante los posibles impactos de la transparencia en la eficiencia de la toma de decisiones, no basta simplemente con que los gobiernos se limiten a proporcionar un flujo de información de lo decidido. Idea que tiene relación con Finol-Romero *et al.*, quienes describen como polisemia conceptual el dilema de definir a la transparencia en forma concreta<sup>65</sup>, cuando lo que se quiere es limitarla a publicación de información. De ahí que la literatura describe a la transparencia como un constructo social, relacionado con procesos asociados a toma de decisiones complejas de carácter social y política, que tensiona la relación del Estado y la ciudadanía, porque traspasa los límites de la tecnicidad dogmática legalista, ya no solo limitada a la obligación y tutela del derecho de acceso a ciertos aspectos de la función pública, como un anexo del derecho de acceso a la información pública.

Siendo así, la transparencia como garantía de otros derechos fundamentales reconocidos por leyes y por tratados internacionales ratificados por el Estado, se debe considerar parte integrante del bloque constitucional de derechos<sup>66</sup>. Por esta razón Rodrigo Sandoval<sup>67</sup> supone que la transparencia es como la hoja de ruta hacia una nueva democracia, que por medio del gobierno abierto puede superar enfoques parciales para adoptar un proyecto que profunde a la gobernanza transparente y abierta como una forma de tomar decisiones participativas y a la vista de todos. Esta discusión doctrinal no ha sido zanjada del todo y, simultáneamente, el planteamiento recogido en la Ley Modelo aprobada por la Asamblea General de la OEA en el año 2020, específicamente en el Capítulo II, trató de esbozar algunas medidas que permitan promover más apertura<sup>68</sup>, es decir, garantizar elementos objetivos de la transparencia a partir de la ampliación y profundización de las dos dimensiones: subjetiva-objetiva que involucra<sup>69</sup>.

Finalmente, considerando la obra de Kant<sup>70</sup>, quien elevó la publicidad de la categoría moral a un *principio jurídico*, y dio por establecida –por así decirlo– las bases de la importancia del planteamiento filosófico, que está detrás de la legalidad de la transparencia de la información de las decisiones del gobierno como requisito ineludible para exigir el cumplimiento de las obligaciones de los particulares. Lo antes dicho, da sentido a las líneas doctrinales explicadas y justifica la necesidad de describir qué es la gobernanza transparente desde la perspectiva del gobierno abierto.

<sup>64</sup> RUBIÑOS, 2016, p. 397.

<sup>65</sup> FINOL-ROMERO *ET AL.*, 2021, p. 135.

<sup>66</sup> NOGUEIRA-ALCALÁ, 2015, p. 301. AGUILAR-CAVALLO, 2010, p. 24.

<sup>67</sup> SANDOVAL, 2015, p. 210.

<sup>68</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, 2015, p. 325.

<sup>69</sup> LEY INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA 2.0, de 2020.

<sup>70</sup> KANT, 1957, p. 150.

### 3. *Transparencia desde la perspectiva económica*

Otro elemento importante para agregar a la discusión va de la mano de lo explicado por Hood<sup>71</sup>, quien afirma que la clave para una mejor gobernabilidad de la información es abrir los datos que obran en poder de la administración pública, porque a la hora de tomar decisiones ágiles, participativas y automatizadas, esta es visible desde fuera. A lo anterior, Tomar *et al.*<sup>72</sup> lo define como la gobernanza de datos de activos de información, término acuñado originalmente por la teoría de las organizaciones, que considera a la información tan valiosa para el quehacer institucional mismo, tanto para las organizaciones como para otros *stakeholders* que se benefician.

El propósito de la naturaleza finalista o sentido teleológico de la transparencia de la información es lo que dificulta unificar un marco conceptual que dé cabida a su reconocimiento expreso, en una norma concreta como derecho fundamental (contenido subjetivo) y principio rector de la gestión pública (contenido objetivo). Frente a ello, se piensa que el marco teórico propuesto por Meijer *et al.*<sup>73</sup> podría encontrar sentido cuando cuestiona que la transparencia a menudo definida muy restrictivamente, ha trascendido como una iniciativa que se centra únicamente en poner información gubernamental en internet.

En esto resalta el hecho que transparencia no solo se refiere a la apertura en términos informativos, sino también a la apertura en términos interactivos. Es decir, la transparencia debe ser entendida como una obligación del régimen legal del gobierno abierto, importante, debido a su capacidad de crear conexiones sólidas y colaboraciones a largo plazo, por lo que entenderla simplemente en términos de poner la información a disposición del público, previa solicitud de un requerimiento de información, sería poco favorable para la apertura de datos y procesos administrativos necesarios para introducir sistemas de decisiones automatizadas basadas en grandes conjuntos de datos. Ejemplo de ello, el uso de algoritmo y programas informáticos con redes neuronales para el reconocimiento inteligente y la lectura natural de imágenes, o para el apoyo en la asignación selectiva e individualizada de fármacos, todos ellos usos esenciales que han aumentado progresivamente en los últimos años, a propósito del avance de la tecnología y digitalización<sup>74</sup>.

Concretamente, de esta forma el avance de la tecnología de la información desde la perspectiva económica cuali y cuantitativamente, ha impulsado exponencialmente gobernar con las ventanas abiertas hacia el interior de la sala de máquinas del Estado, lo que Matheus y Janssen<sup>75</sup> explican como la teoría de las ventanas abiertas, porque posibilita canales proactivos con características técnicas y jurídicas homogéneas, también conocidos como *datos abiertos*, con efectos en múltiples dimensiones y hacia múltiples actores<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> HOOD, 2006, p. 215.

<sup>72</sup> TOMAR *ET AL.*, 2016.

<sup>73</sup> MEIJER *ET AL.*, 2012, pp. 1-35.

<sup>74</sup> COTINO-HUESO, 2020, p. 3.

<sup>75</sup> MATHEUS Y JANSSEN, 2019, pp. 4-24.

<sup>76</sup> SAFAROV *ET AL.*, 2017, pp. 1- ss.

De tal manera que, por las aplicaciones en perspectiva de la economía, es precisamente lo que el Parlamento de la Unión Europea ha establecido mediante la Directiva (UE) 2019/1024 de 20 de junio de 2019, a través de un conjunto de normas mínimas que regulan la reutilización y los dispositivos prácticos destinados a facilitar el uso de datos abiertos y estimular la innovación de los productos y servicios, porque la información del sector público representa una fuente extraordinaria de datos, que pueden contribuir a mejorar el mercado único y al desarrollo de nuevas aplicaciones para los consumidores, es decir, una nueva economía del conocimiento basada en el empleo inteligente de los datos, incluido su tratamiento por medio de aplicaciones de inteligencia artificial, puede tener un efecto transformador en todos los sectores de la economía.

### III. APROXIMACIÓN A UN MARCO CONCEPTUAL DE LA TRANSPARENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL GOBIERNO ABIERTO

Como se ha explicado, el concepto dualista de transparencia es aquel enmarcado dentro del contexto del modelo de gobierno abierto y armonizado desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales. De esta forma, se piensa, podría conferir seguridad jurídica a procesos que buscan abrir la caja negra del Estado<sup>77</sup>, respeto y garantía a otros derechos intersectoriales cuando el tratamiento de grandes cantidades de datos mediante sistemas algorítmicos afecte la privacidad y datos personales, así como información que comprometa la posición comercial de los terceros<sup>78</sup>. De esta forma, prospectivamente se podría avanzar a un radio ampliado de actuación de la transparencia gubernamental, hacia la gobernanza de datos abiertos, por medio de sistemas de procesamiento como los algoritmos y la inteligencia artificial para la programación de sistemas de decisiones automatizadas administrativas<sup>79</sup>. Esta ampliación, al decir de Birkinshaw<sup>80</sup>, es importante, porque el derecho a saber facilita examinar cómo opera el gobierno, lo que Schauer<sup>81</sup> relaciona con permitir a una institución ser controlada por otros y por sí misma.

En este orden de ideas, y con el fin de profundizar este análisis además de hacer frente a los desafíos que involucra el desarrollo responsable de procesos automatizados de toma de decisiones, a continuación, vía una representación gráfica, se da forma al concepto dualista de transparencia que se propone, según esta, la transparencia de la función pública se entiende como un derecho fundamental, y al mismo tiempo un principio del régimen legal del gobierno abierto.

<sup>77</sup> COTINO-HUESO, 2017, p. 52.

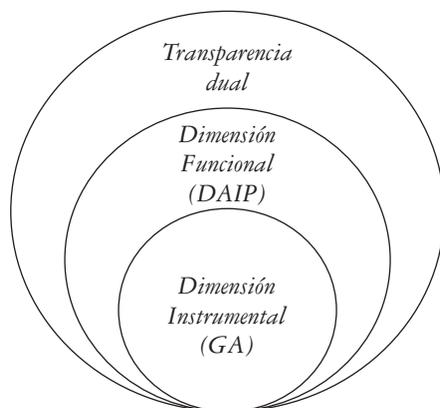
<sup>78</sup> CONTRERAS Y TRIGO, 2020, p. 458.

<sup>79</sup> DIHLAC *ET AL.*, 2020, p. 4, CITADO POR: POLÍTICA NACIONAL DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, 2021.

<sup>80</sup> BIRKINSHAW, 2006, p. 59.

<sup>81</sup> SCHAUER, 2014, p. 89.

Figura N° 1. Marco conceptual dual de la transparencia



Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, el concepto propuesto como transparencia dual concilia dos dimensiones. La primera dimensión se entiende de carácter funcional, acorde con la cláusula democrática, porque busca garantizar el derecho de acceso a la información pública que obra en poder del Estado (es decir, dimensión subjetiva) y, por su intermedio, el acceso a otros derechos. La segunda dimensión (o dimensión objetiva) entiende a la transparencia como un instrumento que facilita abrir la caja negra del gobierno, para mejorar la eficiencia y eficacia de las políticas, mediante los principios de gobierno abierto: rendición de cuentas, participación y colaboración.

Dicho de otra forma, la armonización de ambas muestra la integración de dos pilares de la democracia, estos son: rendición de cuentas y participación, como una obligación que exige a la maquinaria estatal máxima facilitación a la participación, y divulgación (verbigracia: hacer disponibles proactivamente) de informaciones de la gestión pública, por medio de la efectividad del derecho a saber de las personas y el derecho al buen gobierno. En otras palabras, la primera dimensión en sentido estricto concibe a la transparencia como una obligación legal que coercitivamente exige a los organismos del Estado garantizar el ejercicio de la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente, considerada de informarse, es decir, de saber qué ocurre dentro del funcionamiento de los órganos públicos del Estado.

La segunda dimensión, en sentido amplio, concibe a la transparencia como un mecanismo legal o instrumento, que busca la eficacia y eficiencia de la gestión de las acometidas públicas y, también, derecho a que las instituciones, órganos y organismos traten sus asuntos en forma imparcial, equitativamente, justa y dentro de un plazo razonable, por medio de las nuevas tecnologías dispuestas provistas por la cuarta revolución industrial. Lo anterior, por resultar favorables al fortalecimiento de la confianza y, por extensión, al incremento de la legitimidad de las instituciones democráticas.

Sin embargo, la concreción jurídica de la transparencia con dos dimensiones cobraría mayor fuerza por medio de su configuración de naturaleza dual, como regla de oro de la función pública del Estado, según esto, además de la legalidad y juridicidad, la función pública debe ser transparente<sup>82</sup>.

De esta forma se piensa que una mejor fundamentación jurídica de la transparencia impregnaría de la jurisdiccionalidad especialísima de los derechos humanos y también, como un principio rector de la gestión pública<sup>83</sup>, que obligue a los órganos del Estado a entregar información que obre en su poder o sea recolectada para su utilización tanto en el ciclo de las políticas públicas que puedan garantizar efectivamente bienestar de la población, como imperativo del principio de publicidad y rendición de cuentas. Todo lo anterior, encuentra su fundamentación en lo establecido en la cláusula democrática del artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana<sup>84</sup>, también en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>85</sup> y el Artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>86</sup> cuando reconoce que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, y que este derecho incluye en todo momento el de investigar y recibir informaciones y opiniones.

Del mismo modo que el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>87</sup>, cuando establece que toda persona tiene derecho a la libertad 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. Finalmente, en la Declaración de Principios para el Gobierno Abierto<sup>88</sup>, cuando subraya la necesidad de:

1. Aumentar la disponibilidad de información acerca de las actividades gubernamentales;
2. Apoyar la participación ciudadana;
3. Aplicar los más altos estándares de integridad profesional en todos los gobiernos;
4. Aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas.

Como se ha dicho, el concepto dualista de transparencia de la función pública que se describe dice relación con la teoría de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, considera una interpretación del sustrato normativo subjetivo relacionado con acceso a la información, armonizado con el sustrato objetivo del derecho a la buena administración y el buen gobierno, lo que, a los efectos de este análisis, se considera el

---

<sup>82</sup> CEA-EGAÑA, 2009, p. 25.

<sup>83</sup> FINOL-ROMERO (2020), p. 151, y BIRKINSHAW, 2006, p. 56.

<sup>84</sup> CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, 2001. Artículo 4.

<sup>85</sup> DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 1948.

<sup>86</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

<sup>87</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, 1976.

<sup>88</sup> DECLARACION DE PRINCIPIOS PARA EL GOBIERNO ABIERTO, 2011.

derecho a la transparencia. De esta manera, para dar forma al alcance jurídico de lo que *ius* constitucionalmente debe ser respetado, garantizado y protegido normativamente, si lo que se espera es abrir la sala de máquinas del Estado, así como favorecer procesos institucionalizados, para mejorar la confianza, eficiencia y eficacia del servicio público, al ponderar derechos de las personas y aplicaciones tecnológicas, todo lo anterior debe estar sustentado por medio de la juridificación homogénea de procesos de transformación digital del sector público que demanda la cuarta revolución industrial.

Por otra parte, desde la perspectiva técnica legal y sin desconocer otros aspectos diferenciados involucrados con la implementación efectiva de la transparencia, verbi-gracia en el sector judicial, el planteamiento que se propone se centra en describir el fundamento teórico del sustrato normativo objetivo que permita ponderar la paradoja entre el derecho y principio de la transparencia en la actuación del poder ejecutivo, que dice relación entre derecho de acceso a la información pública, datos abiertos, y gobierno abierto, ponderadamente con principios democráticos y la garantía de la protección de datos, y privacidad de las personas afectadas como consecuencia de procesos de apertura, digitalización y programación algorítmica de las decisiones automatizadas del sector público, especialmente en una sociedad condicionada por los datos disponible en internet<sup>89</sup>.

Concretamente la paradoja jurídica antes mencionada, se concretiza porque el “aprendizaje automático” o *machine learning* de los procesos administrativos automatizados, busca como resultado que los algoritmos no dependen de lo que los humanos hayan especificado de antemano, pero sí del suministro de datos en formatos abiertos, para que los sistemas y algoritmos identifiquen patrones y correlaciones, así como aprendan de ellos y generen nuevas decisiones basadas en los datos<sup>90</sup>. Frente a ello, el derecho positivo resulta insuficiente, por lo que algunos Estados han promulgado una ola desarticulada de normas de *soft law*, que no tienen fuerza legalmente vinculante, pero que, no obstante, pueden tener efectos prácticos importantes porque contienen estándares y directrices. Lo anterior, podría producir efectos indeterminados e imprevisibles en contumacia con la expansión de internet y la nueva forma de relacionarse las personas en la era digital, tensionando a autoridades quienes, obligados a repensar la forma de actuar, en muchos casos desregula o descontextualiza instituciones democráticas con una larga trayectoria, verbi-gracia, la transparencia de la función pública<sup>91</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El mapa conceptual explicado desarrolla diferentes perspectivas que gravitan alrededor de la transparencia, y describe aspectos teóricos que podrían hacer avanzar el proceso de profundización de la concreción jurídica del régimen de gobierno abierto en concordancia

<sup>89</sup> PEETERS y SCHUILENBURG, 2018, y PENTLAND, 2013.

<sup>90</sup> COTINO-HUESO, 2020, pp. 917-921.

<sup>91</sup> FINOL-ROMERO, 2022, p. 49.

con los cambios impulsados por la tecnología emergente en constante ebullición. De esta manera, el marco teórico dualista propuesto opera como sustrato normativo que *lege ferenda*, pueda impulsar la incorporación de la transparencia en dos dimensiones. Por un lado, pensada como un derecho subjetivo de acceso a la información pública y, por el otro, el derecho objetivo a un gobierno abierto que facilite la consecución de otros fines, entre ellos, buena administración, innovación, colaboración y participación en los procesos de toma de decisiones aprovechando la tecnología emergente provista por la cuarta revolución industrial.

Todo lo anterior, sin desconocer problemas relacionados con la afectación de derechos particulares por consecuencia de la incorporación de la tecnología por sí misma. Dicho de otra forma, los sistemas basados en *machine learning* han sido predominantemente tratados como un problema tecnológico únicamente desconociendo en muchos casos la afectación de otros derechos de las personas, como por ejemplo, autodeterminación informativa y la privacidad, del mismo modo que el derecho a la explicabilidad y rendición de cuentas, que al final de cuentas de no resguardarse efectivamente podrían producir el efecto adverso, es decir, fortalecer el secretismo de la sala de máquinas del Estado y el acceso a los criterios de decisión programados por los algoritmos.

Por esta razón, lo cierto es que el debate teórico luce más complejo de lo que parece, y a los efectos de este análisis doctrinal, se ha perfilado una posición frente a un problema jurídico dogmático, que involucra distintos aspectos, así como la intersección de derechos fundamentales –verbigracia, la privacidad– con la infraestructura tecnológica que involucran. En este tenor, el consenso global es que este problema jurídico debe ser guiado por estándares, resguardos éticos y principios que promueven la innovación confiable y que respete los derechos humanos y los valores democráticos.

De esta forma, analizar la transparencia desde diferentes perspectivas permitió describir una primera capa de un mapa conceptual que busca adecuar la regulación vigente a los procesos de transformación digital del Estado necesarios para avanzar hacia el gobierno abierto, y al mismo tiempo, unificar nuevos derechos políticos frente al advenimiento de nuevas realidades de la sociedad hiperconectada. Finalmente, se subraya que estas primeras líneas doctrinales podrían dar forma a un esquema dogmático lo suficientemente dualista para la profundización de la transparencia, y la superación de los obstáculos que representa el secretismo estatal, producto de la descontextualización regulatoria vigente.

En el mismo sentido, dotar de fundamentación jurídica a las regulaciones necesarias para que, por medio del derecho de acceso a la información, y el principio de gestión pública del gobierno abierto pueda unificarse dentro de un mismo régimen legal constitucional garantista, las dos dimensiones: una subjetiva (funcional) y otra objetiva (instrumental). Conforme con ello, la juridificación normativa efectiva de la transparencia podría además de proveer estabilidad a la gobernabilidad democrática constitucional, contribuir con la adaptabilidad de los cambios de la tecnología por medio de la gestión de datos en formatos accesibles, interoperables y reutilizables, debido a la importancia que significa exponer a la vista de toda la sociedad la sala de máquinas del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR-CAVALLO, Gonzalo, 2010: "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, volumen 43, N° 127, pp. 15-71.
- AGUILAR-VILLANUEVA, Luis, 2015: *Gobernanza y Gestión Pública*, Ciudad de México, Fondo Cultura Económica.
- AGUILAR-VILLANUEVA, Luis, GÓMEZ RUVALCABA, Edgar y CRIADO, Ignacio, 2021: "Gobierno Abierto y Gobernanza: una reflexión de los imperativos de legitimidad y efectividad en gobiernos subnacionales", en *Gobierno abierto en Iberoamérica Estudios de Caso en Gobiernos Subnacionales*, Vol.1. Ciudad de México, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 17-37.
- BOBBIO, Norberto, 2013: *Democracia y Secreto*, Ciudad de México, Fondo Cultura Económica.
- BOVENS, Mark, 2002: "Information Rights: Citizenship in the Information Society", *The Journal of Political Philosophy*, volumen 10, N° 3, pp. 317-341.
- BIRKINSHAW, Patricio, 2006: "La transparencia como derecho humano", en: Hood, C. y Heald, D. (edit.), *Transparency: The Key to Better Governance?* Oxford, University Press, pp. 45-65.
- CASTELLS, Manuel, 2006: *Informacionalismo, redes y sociedad red: una propuesta teórica. En La sociedad red: una visión global*, Madrid, Editorial Alianza España.
- CEA-EGAÑA, José, 2009: "Tercera regla de oro del Derecho Público", *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N° 13, pp. 23-46.
- COTINO-HUESO, Lorenzo, 2013: "Derecho y Gobierno Abierto: La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las administraciones públicas. Propuestas concretas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 14, pp. 51-92.
- COTINO-HUESO, Lorenzo, 2017: "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 40, pp. 279-316.
- COTINO-HUESO, Lorenzo, 2020: "Inteligencia artificial, big data, y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, N° 31, pp. 1-17.
- CONTRERAS, Pablo y TRIGO, Pablo, 2020: "La gobernanza de la inteligencia artificial. Esbozo de un mapa entre hard law y soft law internacional", en: Azuaje Michelle y Pablo Contreras (edit.). *Inteligencia artificial y derecho: desafíos y perspectivas*. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 457-477.
- CRIADO, J. Ignacio, Edgar Alejandro RUVALCABA-GÓMEZ, y Rafael VALENZUELA-MENDOZA, 2018: "Revisiting the Open Government Phenomenon. A Meta-Analysis of the International Literature". *JeDEM - EJournal of E Democracy and Open Government*, volumen 10, N° 1, pp. 50-81.
- CUCCINIELLO Maria, PORUMBESCU, Gregory y GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan, 2017: "25 años de investigación sobre transparencia: evidencia y direcciones futuras", *Public Administration Review*, volumen 77, N° 1, pp. 32-44.
- DROGUETT González, Carmen y WALKER Silva, Nathalie, 2020: "El derecho a ser informado sobre los asuntos de interés público: defensa de los juicios paralelos en Chile. Problemas y soluciones", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 47, N° 1, pp. 25-48.
- EUI, 2020: Global democracy has a very bad year. Disponible en: <https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02> [Fecha de consulta: 15.07.22].
- FERRAJOLI, Luigi, 2011: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Edit. Trotta (Mínima Trotta), 109 págs.
- FINOL-ROMERO, Lorayne, 2020: "Repensar la transparencia desde la teoría de los derechos fundamentales: ¿una tarea pendiente para Chile?", en: Núñez, José y Risi, Paulina (edit.), *Ideas centrales para la nueva Constitución*, Santiago de Chile, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 167-182.

- FINOL, Lorayne y APONTE, Emercio, 2021: “Des Contextualización del derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la función pública por la jurisprudencia constitucional chilena”, *Revista de Estudios Constitucionales*, volumen 19, Nº 1, pp. 356-372.
- FINOL-ROMERO, Lorayne; GALDAMES, Ana y GONZÁLEZ, Cecilia, 2021, “Contextualización de la transparencia de la función pública en Iberoamérica: Una revisión del concepto”, *Revista Rumbo TS*, volumen 16, Nº 25, pp. 105-144.
- FINOL-ROMERO, Lorayne, 2022: “Positivización de la transparencia a través de la teoría de la doble dimensión de derechos: una visión comparada”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 59, pp. 1-38.
- FLORINI, Ann, 2007: *The right to know: transparency for an open world*, New York, Columbia University Press.
- GARGARELLA, Roberto, 2015: “El nuevo constitucionalismo Latinoamericano”, *Estudios Sociales Revista Universitaria Semestral*, volumen 48, Nº 1, pp. 169-174.
- GIESTA, Sarah y GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan, 2020: “Introduction to special issue algorithmic transparency in government: Towards a multi-level perspective”, *Information Polity*, volumen 25, pp. 409-417.
- GONZÁLEZ-GALLEGO, Nicolás; NIETO-TORREJÓN, Laura y PÉREZ-CÁRCELES, María, 2021: “Una medida global de gobierno abierto para la OCDE. Recomendaciones para España”, *El Trimestre Económico*, volumen LXXXVIII, Nº 349, pp. 219-245.
- KANT, Immanuel, 1957: *Lo bello y lo sublime: La paz perpetua*, Buenos Aires, Editorial Espasa-Calpe.
- HEALD, David, 2006: “Variedades de la Transparencia”, en: Hood, C. y Heald, D. (edit.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, University Press, pp. IX-XXI.
- HOOD, Christopher, 2006: “Beyond Exchanging First Principles? Some Closing Comments”, en: Hood, C. y Heald, D. (edit.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, University Press, pp. 211-225.
- MARGETTS, Helen y DOROBANTU, Cosmira, 2019: Rethinking government with AI. *Nature*. Nº 568, pp. 163-165. Doi: 10.1038/d41586-019-01099-5. Disponible en: <https://www.nature.com>. “[Fecha de consulta: 5 de marzo de 2019].
- MATHEUS, Ricardo y JANSSEN, Marijin, 2019: “Un estudio sistemático de literatura para desentrañar la transparencia habilitado por los datos de gobierno abierto: The Window Theory”, *Public Performance & Management Review*, Nº 42, pp. 1-33.
- MEIJER, Albert, 2009: “Comprender la transparencia moderna”, *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, volumen 75, Nº2, pp. 255-269.
- MEIJER, Albert; CURTIN, Deirdre y HILLEBRANDT, Maarten, 2012: “Open government: connecting vision and voice”, *International Review of Administrative Sciences*, volumen 78, Nº1, pp. 10-29.
- MEIJER, Albert; HART, Paul y WORTHY, Ben, 2015: “Assessing Government Transparency: An Interpretive Framework”, *Administration & Society*, volumen 50, Nº 4, pp. 501-526.
- MORLINO, Leonardo, 2016: “Calidad democrática entre líderes y partidos”, en: Morlino, L. y Alcántara Sáez, Manuel (edit.), *La calidad del liderazgo político en los países andinos*, Ciudad de México, Editorial Instituto Nacional Electoral, pp. 11-56.
- NG, Andrew, 2017: “Why AI Is the New Electricity”, Stanford Business. Disponible en: <https://www.gsb.stanford.edu/insights/andrew-ng-why-ai-new-electricity> [Fecha de consulta. 21.09.2022].
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, 2015: “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios constitucionales*, volumen 13, Nº 2, pp. 301-350.
- NOVECK, Beth, 2017: “Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency”, *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.*, volumen 19, Nº 1, pp. 1-46.

- PALMA-ORTIGOSA, Adrián, 2019: "Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos", *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 50, pp. 1-25.
- PENTLAND, Alex, 2013: "The data-driven society". *Scientific American*; volume 309, N° 4, pp. 78-83.
- PEETERS, Rik & SCHUILENBURG, Marc, 2018: "Machine justice: Governing security through the bureaucracy of algorithms", *Information Polity*, volumen 23, N° 3, pp. 267-280
- PIÑEIRO, Rafael; MUÑOZ, Paula; ROSENBLATT, Fernando; ROSSEL, Cecilia; SCROLLINI, Fabrizio y TEALDE, Emiliano, 2021: "¿Cómo la transparencia genera confianza en las instituciones?: efectos del uso exitoso de solicitudes de acceso a la información pública sobre la confianza y las percepciones de transparencia", *Policy Brief*, N° 39, pp. 1-8.
- PURÁN Rosas, Violeta, 2022: "Teoría Constitucional Crítica. Discusiones sobre derecho y política", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 35, N° 1, pp. 379-381.
- RUBIÑOS Gil, María, 2016: "La ley de transparencia y buen gobierno en España: ¿Un punto de inflexión para el sector público?", en: Manuel Sánchez De Diego Fdez. De La Riva (edit.), *31 Visiones actuales de la Transparencia*, Madrid, Editorial Universidad Complutense, pp. 392-412.
- RUIZ-RICO Ruiz, Catalina, 2019: "Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información?", *Boletín mexicano de derecho comparado*, volumen 52, N°154, pp. 255-283.
- SÁNCHEZ De Diego, Manuel, 2016: "A modo de conclusión y en pro de una efectiva transparencia", en: Manuel Sánchez De Diego Fdez. De La Riva (edit.), *31 Visiones actuales de la Transparencia*, Madrid, Editorial Universidad Complutense, pp. 412-428.
- SAFAROV, Iqbal; MEIJER, Albert y GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan, 2017: "Utilization of open government data: A systematic literature review of types, conditions, effects and users", *Information Polity*, volumen 22, N° 1, pp. 1-24.
- SANDOVAL, Rodrigo, 2015: "Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, volumen 22, N° 68, pp. 203-227.
- SANDOVAL-BALLESTEROS, Irma, 2013: "Hacia un proyecto democrático-expansivo de transparencia", *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, volumen 58, N° 219, pp. 103-134.
- SCHAUER, Frederick, 2014: "Transparencia en tres dimensiones", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 27, N°1, pp. 81-103.
- SOLANO, Joan, SIDDHARTH, Aaron y LINNET Taylor, 2022: "Governing Data and Artificial Intelligence for All: Models for Sustainable and Just Data Governance", European Parliament. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/etudes/STUD/2022/729533/EPRS\\_STU\(2022\)729533\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/etudes/STUD/2022/729533/EPRS_STU(2022)729533_EN.pdf) [Fecha de la consulta: 16.09.2022].
- TOMAR, Louisa; GUICHENEY, William; KYARISHIMA, Hope; ZIMANI, Tinashe, 2016: "Big Data in the Public Sector: Selected Applications and Lessons Learned". Washington D.C.: Inter-American Development Bank.
- VALIM, Rafael, 2016: "El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño", *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, volumen 3, N° 1, pp. 169-181.
- VILLAVERDE-MENÉNDEZ, Ignacio, 2019: "El marco constitucional de la transparencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 39, N° 116, pp. 167-191.
- WORTHY, Ben, 2015: "The impact of open data in the UK: complex, unpredictable, and political", *Public Administration*, volumen 93, N° 3, pp. 788-805.
- ZUIDERWIJKA, Anneke y HINNANT, Charles, 2019: "Open data policy-making: A review of the state-of-the-art and an emerging research agenda. Introduction to a selection of open data policymaking", *Information Polity*, N° 24, pp. 117-129.

*Normas jurídicas*

- DECLARACIÓN de Principios para el Gobierno Abierto, Alianza para el Gobierno Abierto, de 2011.
- CARTA de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), de 2000.
- CARTA Democrática Interamericana, de 2001.
- CARTA Internacional de los datos abiertos, de 2015.
- CIRCULAR A-130, “Managing Information as a Strategic Resource”, July 2016. The Office of Management and Budget (OMB).
- CONSTITUCIÓN Francesa año III, de 1795.
- CONVENCIÓN Americana Sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, (B-32), de 1969.
- DIRECTIVA (EU) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, L 172/56, de 2019.
- DECLARACIÓN Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General ONU, París, Resolución 217 A (III), de 1948.
- LEY N° 20.285 sobre acceso a la información pública, de 2008.
- LEY 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 2013.
- LEY Modelo Interamericana Sobre Acceso a La Información Pública 2.0, OEA/Ser.D/XIX, de 2020.
- LAW Open, Public, Electronic, and Necessary (OPEN) Government Data Act. Título II de la Foundations for Evidence-Based Policymaking Act (H.R. 4174).
- MEMORANDUM on Transparency and Open Government - Interagency Collaboration, On January 21, 2009.
- OCDE, *Recommendation of the OECD Council on Open Government*, OECD/LEGAL/0438, de 2017.
- OCDE, *Open Useful Reusable Data (Our data) Index*, de 2019.
- OCDE, *Recommendation of the Council for Enhanced Access and More Effective Use of Public Sector Information*, OECD/LEGAL/0362, de 2021.
- PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General ONU Resolución 2200 A (XXI), de 1966.
- POLÍTICA Nacional de Inteligencia Artificial, Ministerio Ciencia Tecnología Conocimiento e Innovación de Chile 2021-2030.
- RESOLUCIÓN del Parlamento Europeo, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266 (INI)), de 3.05.2022.

*Sentencias citadas*

- CORTE Interamericana de los Derechos Humanos, sentencia Kimel contra Argentina, de 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 171.
- CORTE Interamericana de los Derechos Humanos, sentencia Reyes, Claude y otros contra Chile, de 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151.