



UAI
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

**EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA
ALGORÍTMICA COMO ESTÁNDAR ÉTICO
DENTRO DE UNA DEMOCRACIA LIBERAL**

Tesis para optar el grado de Magister en Filosofía Política y Ética

Alumno: Wilfredo Concha Camacho

Profesor guía: Cristián Rettig Bianchi

Santiago de Chile

Para Almudena

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	1
RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: LA DEMOCRACIA LIBERAL.....	6
1.1. Los problemas a la hora de definir qué es democracia	7
1.2. La democracia en el tiempo	7
1.3. La democracia de los antiguos y la democracia de los modernos	9
1.4. La autoridad en la democracia liberal.....	11
1.5. El pueblo y las minorías en la democracia.....	12
1.6. La democracia y los criterios de un gobierno democrático	13
1.7. La opinión pública en la democracia liberal	14
1.8. La transparencia en la democracia liberal.....	18
1.9. Síntesis	20
CAPITULO II: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	22
2.1. Justificación del derecho de acceso a la información	23
2.2. El individuo como portador del derecho de acceso a la información	25
2.3. La obligación del Estado a suministrar información	26
2.4. Los principios que deben regir el derecho de acceso a la información	28
2.5. La información pública y sus atributos.....	29
2.6. Las excepciones del derecho de acceso a la información	30
2.7. Síntesis	31
CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA	33
3.1. ¿Cuándo estamos frente a un derecho?.....	33
3.2. Transparencia y opacidad algorítmica	35
3.3. Objetivos de la transparencia algorítmica y los momentos para conocer.....	36
3.4. Transparencia algorítmica significativa.....	38
3.5. Síntesis	38
CONCLUSIÓN	40
BIBLIOGRAFÍA	43

AGRADECIMIENTOS

A mi profesor guía, Cristián Rettig, por los consejos y observaciones siempre pertinentes. Si hay algo que rescatar de las siguientes páginas, es claramente gracias a él. Le agradezco también por reavivar en mí el interés por la teoría del Derecho; sus clases sobre los derechos humanos me han mostrado un ejemplo académico a seguir.

Al GobLab de la Universidad Adolfo Ibáñez y al Proyecto Algoritmos Éticos, Responsables y Transparentes, dirigidos por la profesora María Paz Hermosilla, quien me mostró el apasionante mundo de los algoritmos éticos. Esta tesis aspira a sumar al gran proyecto que vienen desarrollando en pos de mejorar la calidad de vida de las personas a través de la transformación del sector público.

Al profesor Maximiliano Figueroa, quien en medio de la pandemia admitió a este joven peruano al Magíster. Sin él no hubiera podido vivir esta experiencia intelectual que fue una invitación a la búsqueda de la individualidad a través del proceso reflexivo.

A Edmee Linares del Castillo, sin su apoyo jamás habría cumplido este sueño de estudiar en Chile. A Zoilita y Wilfredo, mi guía siempre. A Alexandra Vivanco, por sus pacientes correcciones y ánimo constante, sin ella este trabajo jamás habría visto la luz

RESUMEN

Los algoritmos han cambiado la vida de las personas y la forma en la cual se relacionan con el Estado. Los Estados están incrementando constantemente el uso de esta tecnología para el ejercicio de sus funciones. Así, podemos ver que hay algoritmos que establecen quién recibe un bono y quién no, quién tiene más posibilidades de reincidencia delictiva, así como a qué escuela deben ir los niños, entre otras funciones que tiene el Estado.

La mayoría de estos algoritmos se desarrollan dentro de regímenes democrático liberal y, por lo tanto, su uso debe cumplir con el estándar que exigen estas formas de gobierno y Estado.

En el presente trabajo argumentamos que el derecho a la transparencia algorítmica es el estándar ético que deben cumplir los Estados al hacer uso de los algoritmos dentro de una democracia liberal. La razón es que el derecho a la transparencia algorítmica es un derecho consustancial a la democracia liberal, el cual deriva del derecho de acceso a la información, que es a su vez un pilar de un gobierno democrático del Estado.

Para defender esta tesis, en primer lugar, se aborda el tema de la democracia liberal y cuáles son los criterios de un gobierno democrático. En segundo lugar, se explica el derecho al acceso a la información como un pilar de la democracia liberal. En tercer lugar, se explica el derecho a la transparencia algorítmica como un derecho derivado del derecho al acceso a la información que tienen los individuos frente al Estado democrático.

Por último, concluimos que el derecho a la transparencia algorítmica es un estándar ético que deben cumplir los Estados para garantizar la libertad y la autonomía de los individuos dentro de la democracia liberal.

Palabras clave:

Democracia liberal, algoritmos, derecho al acceso a la información, transparencia algorítmica, transparencia significativa.

INTRODUCCIÓN¹

En el año 1998, en la democracia liberal más antigua del mundo, Estados Unidos de América (EE. UU.), se empezó a utilizar un algoritmo para valorar el riesgo de reincidencia penal de individuos: el Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS), una herramienta al servicio del Estado para determinar la libertad de sujetos procesados por delitos².

Este algoritmo predictivo de riesgos aportó celeridad en la toma de decisiones del sistema judicial del Estado, llegando a revisar más de un millón de historiales de convictos y determinando el futuro que les deparaba.

En el año 2016, la Corte Suprema del Estado de Wisconsin, a través del fallo *State Wisconsin vs Loomis*³, evidenció que COMPAS tomaba decisiones con sesgos de naturaleza racial y de género, produciendo inseguridad jurídica y afectando el derecho de los individuos (Roa et. al. 278). Este caso no fue un hecho aislado, es más, para la fecha, ya existían fuertes cuestionamientos al algoritmo de COMPAS⁴.

Los algoritmos son un avance tecnológico importante para el procesamiento de datos y toma de decisiones. Es más, se han vuelto una herramienta necesaria para el desarrollo de nuestras actividades diarias, tanto de ocio como de trabajo. Pese a todos los beneficios para

¹ Esta tesis se enmarca en el proyecto CH-T1246: Oportunidades de Mercado para las Empresas de Tecnología – Compras Públicas y Algoritmos Responsables, Éticos y Transparentes del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el GobLab de la Universidad Adolfo Ibáñez. <https://www.iadb.org/es/project/CH-T1246>

² COMPAS fue desarrollado por la empresa privada Northpointe. Como indica Roa et. al. (282 - 283), el algoritmo analiza a través de una encuesta de 137 preguntas el riesgo de reincidencia general y el riesgo de reincidencia violenta de los sujetos. Cuenta, además, con dos escalas que mide el riesgo dinámico (factores criminógenos) y riesgo estático (factores históricos).

³ Eric Loomis fue capturado por la policía como sospechoso de estar involucrado en un tiroteo en el año 2013. Loomis aceptó su participación en los hechos como conductor, pero no como tirador. La Fiscalía presentó un informe del algoritmo COMPAS donde se estableció que el sujeto presentaba un alto grado de riesgo de reincidencia. En primera instancia, lo sentenciaron a seis años de prisión. Eric Loomis apeló el fallo argumentando que se había vulnerado su derecho al debido proceso por tres razones: uno, se violó el derecho a ser sentenciado con base en información precisa, en parte debido a la patente de COMPAS, lo que impide evaluar su exactitud; dos, se violó el derecho a una sentencia individualizada; y, tres, utilizó indebidamente evaluaciones de género en las sentencias (Roa et. al. 287 - 288)

⁴ El mismo del año de la sentencia *State Wisconsin vs Loomis*, 2016, el medio de comunicación *ProPublica* presentó un estudio sobre el algoritmo donde mostró la discriminación algorítmica hacia afrodescendientes.

nuestro desenvolvimiento, presentan también riesgos, tal como lo demuestra el caso de COMPAS. Existe una necesidad de regulación sobre esta tecnología, ya sea autorregulación o regulación estatal. En ambos campos se ha avanzado.

Sumado a esto, según indica Lara (17), el origen y la irrupción de los algoritmos se da, sobre todo, dentro de sociedades avanzadas que comparten la característica de ser democracias liberales. Como bien indica el autor, en estas sociedades democráticas se originan la mayoría de esta tecnología, por tal motivo, se vio la necesidad de establecer estándares éticos que se deben cumplir al hacer uso de esta tecnología. En la democracia liberal se busca garantizar determinados derechos a las personas, a los cuales deben adecuarse al uso de los algoritmos para garantizar la libertad y la autonomía de los individuos.

Debido a ello, la pregunta que guía la presente investigación es determinar cuál debe ser el estándar ético que deben cumplir los Estado al hacer uso de algoritmos dentro de una democracia liberal.

Antes de responder esta pregunta, por un criterio de claridad, es necesario delimitar el campo de estudio de la presente investigación. Como se sabe, existen algoritmos desarrollados y en posesión de privados; por ejemplo, los que poseen las redes sociales. Sin embargo, en esta tesis solo nos referiremos a los algoritmos que estén en posesión del Estado, ya sean algoritmos desarrollados por el mismo Estado o adquiridos por él para el ejercicio de sus funciones. En cualquier caso, esta tecnología hace uso de la información que tiene el Estado sobre los ciudadanos para su funcionamiento.

Asimismo, dado que la definición exacta de algoritmos es un tema discutido en la literatura, para efectos de esta investigación se utiliza la definición base que presenta Mittelstadt et al (5). Según estos autores, un algoritmo es definido como un *procedure or decision process*: un proceso de decisión, construido a través de procesos matemáticos diseñados para cumplir tareas específicas. Dentro del concepto de algoritmos que utilizaremos, dado que lo abordamos de una manera amplia, nos referiremos también a las tecnologías de aprendizaje automatizado,

como es el caso del *machine learning*. Todas estas son conocidas como tecnologías de procesamiento de datos para la formulación de predicciones⁵.

Una vez determinado el concepto de algoritmo que se utiliza, la tesis de la presente investigación apunta a afirmar que el derecho a la transparencia algorítmica es el estándar ético que deben cumplir los Estados dentro de una democracia liberal. La razón es que el derecho a la transparencia algorítmica es un derecho consustancial a la democracia liberal, la cual deriva del derecho de acceso a la información, que es a su vez un pilar de un gobierno democrático del Estado.

Para defender la tesis antes planteada, primero, se aborda el tema de la democracia liberal y cuáles son los criterios de un gobierno democrático. Una vez establecido esto, segundo, se aborda el derecho de acceso a la información que tienen los individuos frente al Estado, siendo este un requisito que debe cumplir el Estado en la democracia liberal. Concluido este apartado, tercero, presentamos al derecho a la transparencia algorítmica que tienen los individuos frente a un Estado democrático como un derecho consustancial a la democracia liberal, derivado del derecho de acceso a la información. De esta forma, por último, se concluye que el derecho a la transparencia algorítmica es un estándar ético que deben cumplir los Estados para garantizar la libertad y la autonomía de los individuos.

⁵ Es también pertinente la definición de Daly et. al. (6), según estos autores, los algoritmos son una tecnología que detecta automáticamente patrones de datos y hace predicciones con base en ellos. Hace un análisis inferencial e identifica correlaciones dentro de conjuntos de datos, elaborando perfiles que servirán como indicadores para clasificar a sujetos como representantes de una categoría o un grupo.

CAPÍTULO I: LA DEMOCRACIA LIBERAL

En el presente capítulo desarrollamos la definición de democracia liberal y los criterios de un gobierno democrático. Para cumplir este fin, nuestro análisis se divide en dos partes.

En la primera, realizamos un desarrollo conceptual e histórico de la democracia. Así, presentamos el problema que surge al tratar de definir qué es democracia, esto debido a la relación entre el campo normativo y descriptivo que engloba el concepto. A continuación, abordamos la evolución del término a través del tiempo. En vista de lo anterior, establecemos la diferencia entre la democracia de los antiguos y de los modernos, esto con el objetivo de entender el punto central que simboliza el individuo en la democracia liberal (la de los modernos). Sobre ello, determinamos cómo el surgimiento del Estado nación definió la comprensión de lo que es la democracia en nuestros días. Concluimos la primera parte abordando el tema de la autoridad, el pueblo y las minorías, todos ellos elementos del sistema democrático.

Habiendo concluido el desarrollo conceptual e histórico que nos sirve de base y definición, en la segunda parte abordamos los criterios y características de un gobierno democrático liberal, con la finalidad de argumentar más adelante la necesidad del derecho a la transparencia algorítmica en las democracias. Dentro de los criterios que desarrollamos, analizamos la comprensión ilustrada y el control final sobre la agenda, los que fundamentan la opinión pública y la transparencia del Estado.

El desarrollo de lo antes expuesto, nos proporciona un marco general de lo que es un Estado democrático y un gobierno democrático. Sobre la base de este capítulo, construiremos el argumento a favor de la transparencia algorítmica en los siguientes dos capítulos. Así, teniendo claro a qué nos referimos con democracia liberal, en el siguiente capítulo, el número dos, se analiza el derecho de acceso a la información como un elemento esencial de un gobierno en un Estado democrático; en el capítulo tres, se presenta al derecho a la transparencia algorítmica que tienen los individuos frente a un Estado democrático como un derecho consustancial a la democracia liberal, derivado del derecho de acceso a la información.

1.1. Los problemas a la hora de definir qué es democracia

Democracia viene del griego *demos* y *kratos*, que juntos significan poder del pueblo. Si bien el origen etimológico de la palabra es un buen punto para iniciar su estudio, para definir qué es la democracia es necesario entender su dimensión descriptiva y normativa.

Así, la respuesta de qué es la democracia a efectos descriptivos es engañosa pero necesaria a efectos normativos. De hecho, lo que la democracia es no debe separarse de lo que debe ser (Sartori 18). La democracia tiene en primer lugar una definición normativa, pero de esto no se sigue que el ideal democrático defina únicamente qué es la democracia. De este modo, el deber ser de la democracia no engloba todo lo que es la democracia (Sartori 18)⁶.

Es posible detectar un problema más a la hora de definir qué es democracia, esto es que todo tipo de regímenes dudosos se autoproclamen democráticos (Swift 233). Si bien, por un lado, este hecho demuestra fuerza retórica y moral de este sistema, por otro lado, dificulta la claridad conceptual, convirtiendo así a la democracia en un término comodín para definir todo lo que podemos entender como bueno.

1.2. La democracia en el tiempo

Dado este problema, resulta útil para fines de claridad conceptual ver cómo evolucionó la democracia a través de la historia. Así, si bien la palabra democracia tiene un origen griego⁷.

⁶ Sartori (18-19) resalta que la distinción entre el campo normativo y descriptivo de la democracia es necesaria a fin de no caer en lo que él denomina “la patraña máxima”: creer que existían dos democracias, una occidental (liberal) y otra comunista. A la primera se la juzgaba por sus hechos y la segunda por los ideales que perseguía.

⁷ Como indica Dahl (15), “las instituciones políticas de la democracia griega, por muy innovadoras que fueran en su tiempo, fueron ignoradas o incluso directamente rechazadas durante el desarrollo de la democracia representativa moderna”. La distinción específica sobre la democracia de los antiguos y de los modernos se desarrollará más adelante en este trabajo.

Luego, el sistema pasó por Roma, imperio en el que nunca se adaptó adecuadamente sus instituciones de gobierno popular⁸, se debió al inmenso aumento del número de ciudadanos y de las grandes distancias geográficas de Roma (Dahl 16 - 17).

La última prueba que no pudo superar esta idea de democracia fue el surgimiento de los Estados nación⁹. La democracia en los Estados nación avanzó hacía una mayor participación de los individuos en la política a través de la lógica de la igualdad. La lógica de la igualdad estimuló la creación de asambleas locales en las que los hombres libres podían participar en el gobierno sobre todo a la hora de la creación de los tributos, facultad que fue creciendo gradualmente hacia las demás leyes en general (Dahl 26).

Así, el consentimiento de los ciudadanos hacia los tributos y las leyes dependía en gran medida de su participación en las instituciones que las imponían. La elección de los representantes ya no dependía del azar, como en la antigua Atenas, sino de elecciones¹⁰. Lo que se preferiría es precisamente un gobierno por el pueblo, un sistema político en el que el pueblo se gobierna a sí mismo. La idea fundamental de la idea de gobierno por el pueblo es que se trata de un procedimiento de toma de decisiones políticas; concebir a la democracia de esta forma ayuda a mantener la claridad acerca de los distintos argumentos a favor y en contra de ella (Swift 236 - 237).

La palabra democracia siempre se ha usado para identificar una entidad política y una forma de Estado y gobierno (Sartori 19).

⁸ La distinción entre la democracia griega y la republica romana siempre ha sido un tema de debate. Así, por ejemplo, Dahl (20) indica que la democracia (griego) y la república (latín) son lo mismo, y culpa a James Madison por la errónea distinción. Error que, según él, perdura hasta ahora. En cambio, Agustín Squella (31) indica que democracia y república significan dos cosas distintas. Por un lado, la democracia aludiría al gobierno del pueblo y, por otro lado, la república designa el gobierno para el pueblo. Si bien este tema resulta interesante, para efectos de esta investigación no se profundizará más y se seguirá la posición de Dahl.

⁹ Dahl señala que “[l]as ciudades y otras poblaciones quedaron destinadas a incorporarse a esta entidad más amplia y poderosa, convirtiéndose así, como mucho, en unidades subordinadas de un gobierno” (19).

¹⁰ “Para asegurar el consentimiento de los ciudadanos libres en un país, nación o Estado-nación, harían falta legislaturas o parlamentos de representación electoral a distintos niveles: local nacional, o quizás también provincial, regional y de otros niveles intermedios” (Dahl 26).

1.3. La democracia de los antiguos y la democracia de los modernos

Sabemos por la experiencia histórica que existen dos tipos de democracia: la democracia directa, es decir democracia como participación; y la democracia indirecta, conocida también como representativa¹¹.

La democracia directa se basa en la participación de los ciudadanos en la administración de la ciudad, mientras que la representativa confía en los mecanismos de representación de transmisión de poder. La democracia de los antiguos era la democracia directa y la representativa es la de los modernos.

El cambio fundamental en la idea de democracia se debe al surgimiento del Estado¹². La democracia como participación fue fecunda en la antigüedad debido a gran medida a que las ciudades eran pequeñas y además los ciudadanos en ellas vivían en simbiosis con su ciudad. Pese a ello, este tipo de organización mostró ser muy frágil y con condiciones difícilmente reproducibles en otros lados, como lo fue la cohesión de una ciudad por un *ethos* indiferenciadamente religioso, moral, político que era la *polis* (Sartori 168).

Así, por ejemplo, la vida política de los griegos se reducía convivir en la *polis* constituyendo una comunidad. Se generó una vida política sin políticos. Si el Estado significa verticalidad, la vida política griega era todo lo contrario (Sartori 169).

Esta concepción antigua de democracia fue colocada como una de las peores, precisamente a razón de su naturaleza. Se le atribuyeron los peores vicios, como la frivolidad, la ignorancia, la incompetencia, la insensatez, la agresividad, la intolerancia (Bobbio 406).

Por lo mismo, la democracia de los modernos es el correctivo de la democracia de los antiguos (Sartori 172). El sistema representativo busca evitar la radicalización de los procesos

¹¹ Sartori señala que la democracia directa es un ejercicio en persona y directo del poder, mientras que la democracia representativa es sistema de control y limitación del poder (167).

¹² El surgimiento del Estado es el parteaguas entre la democracia de los antiguos y los modernos, Dahl (19) deja entrever que los antiguos tuvieron una ciudad-Estado, Posición que rechaza Sartori (168), dado que él indica que estas tuvieron una comunidad ciudad, una ciudad sin Estado.

directos. Es, sobre todo, un sistema de control y limitación del poder y libera para fines extraparlamentarios un conjunto de energías que absorbía la política en los antiguos (Sartori 172)¹³.

La democracia deliberativa a diferencia de la directa permite dar razones como corregirlas y hasta sustituirlas por otras diferentes. En este tipo de democracias “las preferencias no deben ser fijas, sino flexibles; no pueden ser instantáneas sino meditadas” (Squella 64).

La democracia de los modernos, la liberal¹⁴, entiende que tener una vida común no significa únicamente vivir en una sociedad unificada por valores compartidos, sino que las instituciones se encarguen de mediar las posiciones antagónicas en una sociedad, buscando la coexistencia, no el consenso¹⁵. Ahí radica también su superioridad.

El surgimiento del individuo es, en gran medida, el responsable del salto de una democracia a otra. Los griegos concebían al hombre como el *polites*, lo que hace inconcebible distinguir y, por lo tanto, contraponer al individuo y su ciudad (Sartori 174). La libertad no era para ellos libertad individual sino gobierno colectivo.

Mientras que el mundo antiguo no conocía al individuo-persona y no podía valorar lo privado como esfera moral y jurídica liberadora y promotora de autonomía de autorrealización, los modernos entendían que la persona humana, el individuo, es un valor en sí mismo, independientemente de la sociedad y del Estado (Sartori 174-175).

En la democracia de los modernos, el poder originario no provendría del pueblo, sino de todos individuos en cuanto ciudadanos (Bobbio 410). Así, el pueblo sería una abstracción falaz, los individuos con todos sus defectos e intereses sí son una realidad. Por eso, la base de las democracias liberales son las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano (Bobbio 411).

¹³ Un rasgo de la modernidad – en especial de la revolución industrial – es la división del trabajo. Adam Smith (33) resaltó que el éxito de esta época se debió a ello. La política no fue ajena a esto. Con el surgimiento de la democracia de los modernos, se generó una clase especial dedicada a la política (clase política). Algo impensado en la antigüedad, una vida política sin políticos (Sartori 169).

¹⁴ “La verdad es que la democracia moderna existe en la medida en que está instituida por la superación liberal de la democracia en sentido literal: la democracia que practicamos nosotros es la democracia liberal” (Sartori 181).

¹⁵ Squella indica que las actitudes necesarias para la democracia liberal son: prestar atención, tolerar, tener consideración y mostrar respeto (70).

1.4. La autoridad en la democracia liberal

Las masas tienen el poder en la democracia liberal, “con independencia de la calidad de las decisiones políticas resultantes” (Estlund 25). Ahora bien, por autoridad en la democracia liberal se refiere al poder moral del Estado para exigir o prohibir moralmente acciones de otros a través de órdenes (Estlund 26). Mientras que legitimidad es la permisibilidad moral que tiene el Estado para emitir órdenes y hacerlas cumplir por la fuerza de virtud del proceso a través del cual fueron producidas esas órdenes (Estlund 26).

Así, desde una posición simple se podría indicar que la autoridad en la democracia proviene del consentimiento que tienen la mayoría de individuos en las decisiones colectivas tomadas a través de las reglas de la democracia (Squella 95).

Así tenemos que para la tradición liberal y democrática¹⁶ están de acuerdo en que la decisión debería tomarse por la mayoría. Es más, las decisiones en mayoría derivan de un acuerdo amplio de principios comunes y no solo de un acuerdo de voluntad circunstancial (Hayek 145)

La autoridad no es ilimitada en la democracia liberal, el poder de la mayoría deriva y está limitado por los principios que las minorías aceptan también (Hayek 146). “[L]os derechos individuales contra la voluntad democrática deberían pensarse como garantías de que todos los ciudadanos serán tratados por igual” (Swift 248).

Pese a todo lo antes expuesto, hay posiciones que postulan la necesidad de justificar la autoridad política en una base distinta al consentimiento o el conocimiento de expertos (Estlund 27). Dado que nadie puede consentir algo sin ser consciente de ello¹⁷. Así, las democracias deben estar investidas de algún valor epistémico al procedimiento de toma de decisiones que justifique el grado de autoridad que se debe tener (Estlund 32)¹⁸.

¹⁶ Hayek utiliza el término democracia a secas para referirse a la idea de democracia de los antiguos. Pese a esta posición, el autor austriaco coincide en que tanto los modernos como los antiguos compartían que la mejor idea es siempre que las decisiones se tomen en mayoría.

¹⁷ “Por eso, aun cuando el mero consentimiento pudiera justificar la autoridad, necesitamos recurrir a otro argumento para explicar el hecho de que el Estado tenga autoridad sobre todos o sobre la mayoría de los ciudadanos que no prestaron su consentimiento” (Estlund 34).

¹⁸ “El desafío consiste en mostrar cómo la democracia puede estar investida de razones morales que no insten a obedecer el derecho y de una autoridad moral que le permite exigir esa obediencia a la fuerza. No cabe suponer

Por lo tanto, en la democracia, es el procedimiento lo que justifica su obligatoriedad y su legitimidad. Así, el procedimiento democrático tiene un valor epistémico (procedimentalismo epistémico). De esta forma, “las leyes aprobadas democráticamente están investidas de autoridad y son legítimas porque son el resultado de un procedimiento que tiende a tomar decisiones correctas” (Estlund 33).

1.5.El pueblo y las minorías en la democracia

El componente pueblo es fundamental en la democracia, pero supone también un problema: ¿qué es pueblo y/o quiénes son el pueblo¹⁹? Según Sartori (28), hay seis posibles interpretaciones sobre este concepto que son las siguientes:

- I. Pueblo como literalmente todos.
- II. Pueblo como pluralidad aproximadamente: un mayor número, los más.
- III. Pueblo como populacho, clases inferiores, proletario²⁰.
- IV. Pueblo como totalidad orgánica e indivisible.
- V. Pueblo como principio mayoritario absoluto.
- VI. Pueblo como principio mayoritario moderado.

que ese deber y esa autoridad solo se presenten en aquellos casos en los que el procedimiento conduce a la respuesta correcta. Pero tampoco cabe asumir que la autoridad y la legitimidad desaparecen cuando el procedimiento produce la respuesta incorrecta. Porque, de ser así, sería imposible producir, en el largo plazo, legitimidad y autoridad para las leyes democráticas. Obviamente, muchas de ellas son injustas o moralmente incorrectas” (Estlund 32).

¹⁹ Sartori hace una apreciación interesante sobre el concepto de pueblo que se desprende del número de la palabra en el idioma inglés y en los idiomas de raíz latina. Pueblo es singular en los idiomas de raíz latina, mientras que *the people* en inglés indica multiplicidad discreta, un agregado de muchos. “El singular transmite la idea de ente, el plural disgrega esa idea” (Sartori 28). Este hecho para el autor no sería fortuito, sino que marcaría una forma de comprensión del pueblo en cada una de las sociedades. De esta manera, la idea de individuos es mucho más marcada en las culturas anglosajonas que en las latinas.

²⁰ La idea de pueblo como un solo grupo dentro de una sociedad plantea una exclusión inamovible. Se declara no-pueblo para siempre al no-proletario. Haciendo de esta una distinción ontológica. Sartori (29) es consciente que la idea de pueblo entendido como conjunto de los ciudadanos es excluyente es temporal o por razones específicas y fundadas, pero en cambio esta concepción de pueblo plantea una exclusión ontológica e inmutable, lo que la hace, según él, inaceptable.

En las democracias, así como las mayorías tienen el poder, las minorías están protegidas. Por ejemplo, si no se tutelara a las minorías que tengan una nueva opinión, alguno que era parte de la mayoría y que haya decidido cambiar de opinión hacia la minoría, caería instantáneamente en la lista de los que no tienen derecho de hacer valer su opinión. Motivo por el cual todos seríamos presos de nuestra primera decisión y “serán solamente votaciones que vuelvan a confirmar la manifestación de la voluntad de la mayoría expresada en el instante en que votó la primera democracia” (Sartori 31).

La democracia no es simplemente un *majority rule*. Si es que así fuese, este sistema solo sería un abuso de las estadísticas, como alguna vez dijo Jorge Luis Borges. La mayoría tiene el derecho de prevalecer dentro unos límites respetando los derechos y la libertad de las minorías. Por eso, la oposición es un órgano de la soberanía popular tan vital como el gobierno. Suprimir a la oposición significa suprimir la soberanía del pueblo (Ferrero ctd en Sartori 31-32).

1.6. La democracia y los criterios de un gobierno democrático

La democracia es una cierta forma de gobierno y de organización del Estado que está expresado en la Constitución (Ross 65). De esta forma, el pueblo en su totalidad posee influencia suprema o decisiva con respecto al ejercicio la autoridad pública. Así, la democracia es un concepto jurídico formal que señala un método para determinar la voluntad política y no sus objetivos, fines o recursos. Establece el cómo se efectúan las decisiones políticas y no la sustancia de las mismas.

De esta forma, “la democracia es corrientemente definida como la forma de gobierno en que el poder político (la soberanía) pertenece en derecho a la población toda y no meramente a una persona singular o a un grupo específico y limitado de gentes” (Ross 68).

El gobierno está en el pueblo si el órgano de gobierno que establece el contenido de la voluntad nacional (Poder Legislativo) es considerado como representante del mismo. Si bien esto resulta un tanto confuso, es fundamental a fin de esclarecer qué es la democracia. Por ejemplo, la autoridad de la policía y los tribunales se efectúa conforme a Derecho. No se actúa discrecionalmente, sino de acuerdo a norma jurídicas, esto también es conocido como Estado

de Derecho. Estas normas que regulan y limitan este poder proviene de un órgano legislativo elegido por el pueblo y que representa a este (Ross 68). En resumen, el Estado es democrático en la medida que el poder político está en el pueblo.

Por otro lado, en la democracia, todos los miembros deben ser tratados como si estuvieran igualmente calificados para participar en el proceso de toma de decisiones sobre las políticas que se vayan a seguir (Dahl 43). Por lo tanto, todos los miembros deben considerarse como políticamente iguales.

Asimismo, establece una serie de criterios de un gobierno democrático (Dahl 43-44):

- I. Participación activa.
- II. Igualdad de voto.
- III. Alcanzar una comprensión ilustrada ²¹.
- IV. Ejercitar el control final sobre la agenda²².
- V. Inclusión de los adultos.

Estos criterios son necesarios si los miembros de la comunidad (con independencia de cuál sea su número) han de ser iguales políticamente a la hora de determinar las políticas de la comunidad.

1.7.La opinión pública en la democracia liberal

Como se abordó antes, la democracia es el gobierno del pueblo sobre el pueblo. Entonces, el pueblo cumple dos papeles: el de gobernante y el de gobernado. Así, ¿cómo es que una parte

²¹ Para los fines de esta investigación, el criterio de la comprensión ilustra es importante, dado que, como veremos más adelante, el derecho a la transparencia algorítmica es un derecho derivado del derecho al acceso a la información. Dahl indica que la comprensión ilustrada establece que todo miembro debe tener oportunidades iguales y efectivas para instruirse sobre las políticas alternativas relevantes y sus consecuencias posibles dentro de una democracia (44).

²² El control final sobre la agenda planteada por Dahl exige que los miembros deben tener la oportunidad de decidir cómo y qué asuntos deben ser incorporados a la agenda. “De esta forma, el proceso democrático exigido por los tres criterios precedentes no se cierra nunca. La política de la asociación está siempre abiertas a cambios introducidos por sus miembros, si estos así lo deciden” (44).

cumple un rol y la otra parte otro rol? Esta separación de roles se produce por las elecciones que son, en esencia, las manifestaciones de voluntad que realizan el computo de las opiniones (Sartori 71). En la democracia, el fundamento de todo gobierno es la opinión de los gobernados²³. El gobierno de la opinión es la finalidad de las elecciones.

Estas opiniones que son el fundamento del gobierno en la democracia deben ser libres y libremente formadas, no pueden ser impuestas. La democracia se apoya en la opinión pública que aborda asuntos que son de naturaleza pública; como el interés general, el bien común, etc.

La democracia necesita de una gran esfera libre de control de la mayoría para formar sus opiniones y en una confianza en que las creencias de quienes inspiran el gobierno se originaron en procesos independientes y espontáneos. Siempre presuponiendo que la opinión de la minoría puede pasar en cualquier momento a convertirse en la mayoría (Hayek 149-150).

La importancia de cómo se forma la opinión pública en la democracia radica en que la opinión pública es el fundamento sustancial y operativo de la democracia. La opinión se produce a través de procesos: i) un consenso en cascada desde las élites hacia abajo²⁴; ii) una agitación desde la base hacia arriba; iii) una identificación con grupos de referencia (Sartori 77).

La democracia presupone tres condiciones que son la libertad de pensamiento, libertad de expresión y policentrismo. Por policentrismo entiende que el individuo debe tener libre acceso a todas las fuentes de información para así poder verificar la verdad de lo que está recibiendo (Sartori 82). No se puede depender de una sola fuente de información para formar opinión en una democracia²⁵. Por tanto, se debe garantizar una pluralidad de fuentes de información.

²³ Según Sartori, “una acción de gobierno que en gran medida responde y corresponde a la opinión pública” (71).

²⁴ Es interesante indicar que Sartori citando a Deutsch explica cómo funciona el consenso en cascada. Para ellos, en la parte más alta, circulan las ideas de las élites económicas y sociales, en el siguiente nivel les siguen las ideas de las políticas y de gobierno. En un tercer nivel, están los medios de comunicación masivos y el personal que transmite y define el mensaje. En el cuarto nivel están los líderes de opinión local que son aquellos que están informados y que verdaderamente les interesa la política y que es decisivo para plasmar la opinión de los grupos con los que interactuarán los líderes de opinión. Todo esto confluye en el estancamiento de los públicos masas (77).

²⁵ “El público, hartado del bombardeo y saturado de monotonía, escapa del apresamiento no creyendo, o bien no poniendo interés: se encierra en sí mismo, se defiende mediante la apatía y acaba eventualmente reaccionado con una hostilidad generalizada” (Sartori 85).

Esta libertad presupone que se debe garantizar una atmósfera de seguridad para la expresión plural, no debe simplemente limitarse a una tutela jurídica, sino que no debe haber miedo a la hora de expresarse.

La atmósfera de seguridad históricamente fue vulnerada por los gobiernos. Así, en un país democrático constitucional, no hay que temer “que el gobierno trate de controlar de modo abusivo la expresión de la opinión, salvo cuando, obrando así, se convierta en órgano de intolerancia general público” (Mill 28-29).

De este modo, es posible que la opinión que trata de censurar la autoridad sea cierta, pero que los censuradores creen que la opinión no es verdadera y por ello impidan a las demás personas poder juzgarlas. Afirman así que su propia certeza es absoluta y que no prosiga más discusión. Ellos olvidan que los humanos somos capaces de rectificar nuestros errores por la discusión y la experiencia (Mill 32)²⁶. Las ideas equivocadas se retirarán antes hechos y argumentos que deben presentarse, por lo mismo, no se debe limitar el derecho a la expresión. La protección ante la mentira es la constante invitación a demostrar su falta de verdad (Mill 33)²⁷.

John Stuart Mill (63) brinda cuatro argumentos a favor de la libertad de opinión (expresión): primero, al prohibir una opinión es posible que esta sea verdadera y negarlo equivaldría a reconocer que no nos podemos equivocar, lo cual sería un error; segundo, aun si una opinión fuera equivocada, puede contener una porción de verdad, dado que la opinión general o dominante sobre cualquier asunto nunca es toda la verdad, la opción de conocer un tema por completo es contratándola por opiniones adversas; tercero, incluso si una opinión contiene toda la verdad sobre un tema, si no es discutida, será profesada como una especie de perjuicio y sin comprender sus fundamentos racionales; cuarto, si no se discute una opinión, el sentido mismo de la doctrina estará en peligro de, dado que el “dogma” será una simple fórmula que impedirá el nacimiento de una convicción verdadera basada en la razón o en la experiencia personal.

²⁶ Sobre el particular, Mill (32) cree que la experiencia sola no basta, sino que la discusión es necesaria para saber cómo se debe interpretar a la experiencia.

²⁷ “Gana más la sociedad con los errores de un ser humano que, después de estudio y preparación, piensa por sí mismo, que con las opiniones justas de los que las profesan solamente porque se permiten el lujo de pensar” (Mill 45).

Tal como ya se abordó, la opinión pública funda un gobierno consentido, el cual es el fundamento de la democracia. La opinión debe ser autónoma y para ser eficaz tiene ser verificada y expresada mediante elecciones libres. Los gobiernos y los individuos tienen el deber de formar maneras que se ajusten a la verdad, pero no imponerlas nunca al resto de la comunidad, siempre y cuando no se esté completamente seguros de tener razón para ello (Mill 32).

La libertad de expresión como libertad básica se limita por otras libertades básicas y por sí mismas, lo que quiere decir que se autolimita (Rawls 378)²⁸. También sabe que limitar la expresión en la democracia es incorrecto, aún si esta se esgrime como defensa de la subversión:

La libertad de expresión política no solo es necesaria para que los ciudadanos pueden ejercer sus facultades morales en el primer caso fundamental, sino que la libertad de expresión, junto con el procedimiento político justo definido por la constitución, proporciona una alternativa a la revolución y al uso de la fuerza que tan destructivos pueden ser para las libertades básicas. (Rawls 381-382)

Suprimir la libertad de expresión de los revolucionarios es suprimir una discusión de razones, dado que todo revolucionario da, en algún punto, razones de su malestar, negarlas a que se expresen “es restringir el libre e informado uso público de nuestra razón para juzgar la justicia de la estructura social básica y sus políticas sociales” (Rawls 384)²⁹.

El aspecto central de la libertad de expresión es el libre uso público de nuestra razón en todos los asuntos relacionados con la justicia de la estructura básica y de sus políticas sociales (Rawls 386).

²⁸ “Expliquémonos: la exigencia de que las libertades básicas sean las mismas para todos implica que solo podremos conseguir una mayor libertad para nosotros mismos si se garantizan a los demás el mismo incremento de libertad” (Rawls 378).

²⁹ Se objeta esta idea con el argumento de que la revolución y la subversión ponen en riesgo nuestras democracias, por lo tanto, se debe prohibir expresar esta idea. Rawls cuestiona este argumento dado que para él “instituciones básicas de una sociedad democrática moderadamente bien gobernada no son tan frágiles ni tan inestables como para ser derribadas por la mera defensa de la subversión” (385).

1.8.La transparencia en la democracia liberal

La democracia es el poder en público, debido a ello se debe desarrollar dentro de sí todos los mecanismos institucionales que obliguen a los gobernantes a tomar sus decisiones de manera transparente y permitan a los gobernados ver cómo y dónde se toman estas decisiones (Bobbio 418).

Antes, en la democracia de los antiguos, la transparencia se daba por la visibilidad del poder en la plaza pública donde participaban todos los ciudadanos. Ahora, en la democracia de los modernos, la transparencia se logra con la publicidad de las acciones del poder, la formación de la opinión pública a través del ejercicio de la libertad de imprenta³⁰ y haciendo que los líderes políticos realicen sus declaraciones en los medios de comunicación de masas. Y todo esto se debe a que el poder “tiene una irresistible tendencia a esconderse” (Bobbio 419).

En la democracia, los individuos tienen derecho de participar directamente en la formación de las decisiones colectivas, por ello deben tener la posibilidad de conocer la información necesaria para tomar una decisión. Por el contrario, los regímenes autocráticos se caracterizan por obstaculizar el conocimiento (acceso a la información) en una sociedad.

El libre conocimiento y el libre acceso a esas fuentes de conocimiento es necesario para el desarrollo y consolidación de la democracia. Mientras que la democracia es transparente, el secreto ocupa la misma médula del poder (Bobbio 431)

Un Estado democrático reconoce a los ciudadanos el derecho a tener información, configurándose este como el poder de vigilar a los vigilantes. Los Estados muchas veces argumentan que el pueblo no entiende el interés colectivo y solo sigue intereses personales, no tienen la capacidad de entender la razón del Estado. Por ello, no deberían tener la facultad de vigilar al poder.

³⁰ Sobre la libertad de imprenta o de prensa – como también se le conoce – Tocqueville indicó que la prefiera por los males que impide, más que a los bienes que realiza (198).

El argumento antes descrito olvida que la Ilustración nos enseñó que hacer uso público de la razón es un derecho de los ciudadanos. Con ello, el hombre sale de la “minoría de edad”³¹.

Kant desarrolla la transparencia que deben tener los Estados en su libro *Hacia la paz perpetua*, a propósito de abordar el tema del derecho internacional. Allí, en el apéndice *Sobre la desavenencia entre moral y política con respecto a la paz perpetua*, detalla que se debe condenar el secreto de los actos de gobierno y se debe buscar institucionalizar la publicidad. De esta forma, se deben establecer una serie de reglas que obliguen a los Estados a rendir cuentas al público. Así, las acciones de los hombres son injustas si su máxima no admite publicidad.

Pues una máxima que no quepa explicitar sin frustrar al mismo tiempo mi propio propósito y que por lo tanto haya de permanecer secreta para tener éxito, de modo que no me quepa confesarla públicamente sin suscitar indefectiblemente con ello la oposición de todos contra mi designio, es una máxima cuya iniquidad se reconoce a priori gracias a esa necesaria y universal reacción de todos en mi contra motivada por la injusticia con que se ve amenazado cada cual. (Kant 122)

Si un gobierno mantiene un secreto y nunca lo hace público, este mismo hecho es prueba de su ilicitud. Asimismo, la democracia es la forma de gobierno mediante que mejor refleja la transparencia, ya que establece el control popular sobre el gobierno.

La moral no puede estar subordinada a los requerimientos de la política. Así, apelar a los principios morales para justificar la transparencia es válido. Si bien Kant apela a la transparencia para fundamentar los principios de las relaciones internacionales, estas bien pueden ser extensiva para transparentar todas las acciones del Estado.

³¹ Así, Bobbio señala que “[p]ara el hombre que sale de la minoría de edad, el poder no tiene – no debe tener – secretos; para que el hombre que ha adquirido la mayoría de edad puede hacer uso de la razón es preciso que tenga un conocimiento pleno de los asuntos de Estado; para que esto suceda es necesario que el poder actúe en público” (438).

Si el sistema democrático se basa en el control del poder por parte de los individuos, resulta evidente que se necesita de la transparencia para saber las medidas que se toman, “no se puede aplicar ningún control sobre medidas de las cuales no se sabe nada” (Bobbio 446).

Los secretos en el Estado son un mal, pero sí existen casos donde ese secreto sí puede ser legítimo. En la democracia la publicidad es la regla y el secreto es la excepción. En la democracia de los modernos, la liberal, representativa, la publicidad es solo para la esfera pública, no para la esfera privada³²; “el secreto es la regla, contra la intromisión de lo público en lo privado, y la publicidad es la excepción” (Bobbio 447).

La democracia liberal presupone la máxima libertad de los individuos. Se debe proteger la esfera privada de un control excesivo por parte de los poderes públicos. Es justamente para garantizar los derechos individuales frente al Estado que la democracia resulta en el máximo control sobre el poder y quienes lo ejercen deben actuar con transparencia.

Asimismo, como se venía indicando, el régimen democrático sí acepta excepciones a la transparencia del Estado, las cuales serán analizadas en extenso más adelante.

1.9.Síntesis

La democracia liberal identifica una forma de gobierno y de Estado, donde el poder político pertenece a toda la población y no solo a una persona o un grupo de personas. La comprensión ilustrada y el control de la agenda son dos criterios de un gobierno democrático vinculados al derecho a la transparencia algorítmica.

Es mediante la comprensión ilustrada que todos los miembros de una sociedad democrática deben tener igual oportunidades efectivas para instruirse sobre las políticas alternativas relevantes y sus consecuencias posibles dentro de una democracia. Debido ello, con la finalidad de ampliar el conocimiento de los ciudadanos sobre las consecuencias de las acciones del Estado, la democracia reconoce el derecho de acceso a la información.

³² “En suma, está en la lógica misma de la democracia el que la relación entre regla y excepción esté invertida en la esfera pública respecto a la privada” (Bobbio 447).

Asimismo, es por el criterio del control de la agenda que los ciudadanos de una democracia deben tener la oportunidad para decidir cómo y qué asuntos incorporar a la agenda social. Para ello, es necesario que tengan toda información necesaria sobre la situación del Estado, la cual está en posesión del mismo Estado.

Estos dos criterios fortalecerán a la opinión pública, siendo este el fundamento de todo gobierno de una Estado democrático.

CAPITULO II: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Una vez definida la democracia liberal y las características de un gobierno democrático, en este capítulo desarrollamos lo concerniente al derecho de acceso a la información. Antes de proseguir, aclaramos que utilizamos el análisis de la jurisprudencia como premisa metodológica para explicar la justificación del derecho de acceso a la información en la democracia liberal; sabemos que existen otras premisas metodológicas validas³³ que se pueden utilizar con la finalidad de explicar la justificación de este derecho, pero nosotros optamos por la jurisprudencia por la siguiente razón: la jurisprudencia se emite guiada por los principios democráticos recogidos en las constituciones, convenciones y documentos internacionales suscritos por los Estados, de esta forma, todos estos fallos se dan a la luz de los principios democráticos. Charles Beitz hizo uso de un método similar a este, al cual definió como enfoque metodológico practico^{34 35}.

Una vez aclarado esto, precisamos que no existe una única justificación a este derecho en las democracias; sin embargo, la mayoría de ellas de complementan desde una perspectiva democrática (medio de control de los ciudadanos al Estado, la presunción de publicidad de la información del Estado, formación de la opinión pública, libertad de pensamiento y expresión, etc.).

Luego, abordamos el tema del individuo como portador del derecho de acceso a la información frente al Estado. En relación con lo anterior, continuamos explicando que el sujeto obligado por el derecho es el Estado, quien es el que debe brindar la información solicitada por

³³ Por ejemplo, otra premisa metodológica válida para explicar la justificación de un derecho es la del interés (Raz 166); sobre esta premisa nos pronunciaremos más adelante en este trabajo.

³⁴ “La práctica es a la vez discursiva y política. Como una primera aproximación, podríamos decir que consiste de un conjunto de normas para regular el comportamiento de los Estados, junto con un conjunto de modos o estrategias de acción para las cuales las violaciones de las normas pueden contar como razones. La práctica existe dentro de una comunidad discursiva global, cuyos miembros reconocen a las normas de la práctica como fuente de razones y las utilizan para deliberar y argumentar sobre cómo actuar”. (Beitz 44)

³⁵ “La práctica está constituida como tal no porque exista acuerdo sobre el contenido de las normas o sobre las conclusiones prácticas a las que uno se encuentra compro metido por aceptar dichas normas, sino más bien por la aceptación de una clase específica de normas como fuentes de razones —aunque no necesariamente como razones concluyentes— para un conjunto de modos de acción. Dependemos de la práctica para comprender las funciones discursivas de los derechos humanos, no (o al menos no directamente) para delinear su alcance o contenido”. (Beitz 45)

los ciudadanos. Todo ello en cumplimiento de los principios que deben regir el derecho de acceso a la información.

Como veremos, el objeto del acceso a la información es la información pública, para esto precisamos de qué se debe entender por información pública y cuáles son sus atributos.

Ahora bien, el acceso a la información tiene excepciones como todo derecho (Rettig, C. and Fornaroli, G). Así, el Estado tiene cierta información pública sobre la que los ciudadanos no tienen acceso, pero estos supuestos son limitados y con una interpretación restrictiva en los regímenes democráticos, los cuales detallamos en este capítulo.

A partir de todo esto, establecemos que el derecho de acceso a la información es un derecho consustancial a la democracia liberal, del cual deriva el derecho a la transparencia algorítmica que será analizado en el capítulo 3.

2.1. Justificación del derecho de acceso a la información

El derecho de acceso a la información busca que los ciudadanos puedan acceder a la información que posee el Estado; escritos, fotografías, grabaciones, etc. La información del Estado se presume pública, dado que las acciones del Estado se rigen por el principio de máxima publicidad. Toda negación de acceso debe estar fundamentada, ser excepcional y temporal.

Este derecho no tiene una única justificación. Es más, los países democráticos, a través de sus legislaciones y tribunales, trataron de esbozar algunas de ellas. Así, por ejemplo, se calificó a la información pública como un bien público que debe estar al alcance de los ciudadanos como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad (Tribunal Constitucional peruano STC 01797-2002-HD/TC párr. 11 – 12).

Asimismo, se suele apelar a la libertad de expresión como justificación al derecho de acceso a la información. Esta posición fue defendida por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (Corte IDH) en la sentencia *Claude Reyes y otros Vs. Chile*³⁶. Según la Corte, “el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” (*Claude Reyes y otros Vs. Chile* párr. 76). De esta forma, la libertad de pensamiento y expresión contendría expresamente los derechos a buscar y a recibir información que se tiene bajo el control del Estado.

Se dice que la justificación se hallaría también en una de las características esenciales de los Estados democráticos: la transparencia de la administración estatal sobre la gestión de los asuntos públicos. Por ello, el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático y contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, teniendo así la condición de libertad preferida³⁷ (Tribunal Constitucional peruano STC 01797-2002-HD/TC párr. 11).

En la misma línea, el sistema democrático exige a los Estados estar regidos por los principios de publicidad y transparencia, con el fin de que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan su derecho de participación en el control del poder (Corte IDH *Claude Reyes y otros Vs. Chile* párr. 86).

De esta forma, podemos apreciar que la jurisprudencia establece la justificación del derecho de acceso a la información en la transparencia de los regímenes democráticos, la libertad de expresión y la calificación de la información pública como un bien público.

Otro tema que parece quedar claro es que estamos frente a un derecho instrumental, ya que a través de él se permite satisfacer otros derechos (Cárdenas 255).

³⁶ A través de esta sentencia no solo se determinó que el Estado chileno había violado derechos fundamentales como el derecho al acceso a la información y el derecho a la libertad de expresión, sino que también reconoció que el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental.

³⁷ “Finalmente, respecto a la naturaleza jurídica de este derecho, cabe señalar que tiene la condición de libertad preferida cuando su ejercicio está destinado a contribuir con la formación de una opinión pública, libre e informada” (Palma 216).

2.2. El individuo como portador del derecho de acceso a la información

El derecho de acceso a la información les corresponde a todos los individuos dentro de una democracia liberal. Para ejercer el derecho, no es necesario acreditar un interés directo en la información o una afectación personal (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos párr. 88)

De esta forma, el individuo como portador del derecho obliga al Estado a suministrar la información o a recibir una respuesta fundamentada sobre el porqué no se le puede entregar lo solicitado (Corte IDH Claude Reyes y otros Vs. Chile párr. 77).

La legitimación activa de este derecho es amplia, por tanto, el ejercicio de este derecho no admite excepciones por la condición migratoria de los individuos y permite incluso la protección de intereses difusos. Esto se debe a que la transparencia es una condición de los regímenes democráticos.

En las democracias liberales y representativas, el derecho de acceso a la información en poder del Estado es fundamental³⁸. Los funcionarios públicos, como sujetos del deber, son los responsables debido a que la ciudadanía les confió a ellos su representación política y la facultad de decidir sobre los asuntos públicos³⁹.

Cabe precisar que en los sistemas democráticos la información pública les pertenece a las personas. Por ello, se reconoce que la información es de interés público y les pertenece a las personas. Se establece la presunción de transparencia de las funciones importantes del Estado y del carácter público de sus reuniones y documentos fundamentales (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos párr. 114).

³⁸ En la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principio N°4, se define el derecho de acceso a la información pública de la siguiente forma:

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

³⁹ Así también lo señala la Organización de Estados Americanos (OEA) en los *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*, “[e]l titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos” (párr. 18).

Toda la información que se produzca por el ejercicio de las funciones del Estado es propiedad de las personas a las que deben su actuación, no es propiedad de las entidades públicas ni de sus funcionarios⁴⁰. Es por esta razón que la información sobre la forma de manejo de la “cosa pública” es un bien público o colectivo. El individuo, al ser portador de este derecho, tiene un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad y sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares, evitando así una posible subordinación (Tribunal Constitucional peruano STC 01797-2002-HD/TC párr. 11).

Asimismo, para el adecuado ejercicio de este derecho, es necesario que, al solicitar la información, las personas se identifiquen y detallen con claridad su pedido al Estado. Es más, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, agrega que, si se sabe de una limitación legítima al suministro de la información, el solicitante puede describir el interés que tiene en obtener dicha información o una afectación personal. Así, las autoridades podrán hacer el balance entre el interés expuesto y el posible daño que se ocasionaría con el suministro de la información (párr. 92).

2.3. La obligación del Estado a suministrar información

Los individuos son portadores del derecho de acceso a la información y el sujeto portador del deber es el Estado. Es por ello que el Estado tiene la obligación positiva de suministrar la información a los ciudadanos o dar una respuesta fundamentada sobre un negatoria. La falta de respuesta es incompatible con los regímenes democráticos liberales.

De esta forma se busca que las autoridades públicas construyen una “administración pública amistosa” (Morón 550), en donde los procedimientos son simples y con un lenguaje amistoso al ciudadano, buscando ser menos burocrática y donde la información sea fácilmente obtenida. Todo esto en un contexto de transparencia, entendiendo que la información y la

⁴⁰ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA en el 2000, a través de los *Principios de Lima*, en el principio número cuatro, indica también que “[l]a información pertenece a las personas. La información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno. Éste tiene la información sólo en cuanto representante de los individuos”.

transparencia son requisitos esenciales para una administración democrática, es por ello que “[l]a disciplina relativa a este derecho debe, por lo tanto, estar inspirada en la convicción de que es democracia es el ‘reino de lo visible’” (Morón 550).

En específico, el derecho de acceso a la información establece dos obligaciones positivas para el Estado al momento que alguien solicita dicha información: “a) suministrar la información solicitada; y/o b) dar respuesta fundamentada a la solicitud presentada, en caso de que proceda la negativa de entrega por encontrarse la información solicitada dentro de las excepciones” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA párr. 94).

La autoridad administrativa encargada de resolver una solicitud debe responder motivando sus respuestas para garantizar el deber correlativo que posee. Como se señaló previamente, esto se debe a que la información es de las personas y no del Estado; en consecuencia, el Estado y las instituciones públicas deben garantizar el acceso a la información, así como promover una cultura de transparencia en la sociedad e identificar a quienes deben proveer la información, prevenir a las negaciones y sancionar a los que no brinden la información (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA párr. 95-96).

Como se advierte, se busca eliminar la cultura del secretismo y el silencio frente a los pedidos de la ciudadanía. El Estado que no cumpla con su deber al no dar respuesta está cometiendo una violación al derecho de acceso de la información⁴¹ y supone una actitud arbitraria (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA párr. 97).

Otra de las formas en que el Estado no cumple con su deber correlativo es cuando la información que se proporciona no es idónea. Por ello, el derecho de acceso a la información se afecta cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada (Tribunal Constitucional peruano STC 02303-2019-PHD/TC párr. 12)⁴². En ese sentido, se debe destacar que el Estado cumple con su deber cuando la información que entrega es veraz.

⁴¹ Conforme fue señalado antes, la Corte IDH interpretó el derecho de acceso a la información como un derecho derivado del derecho de la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención. Así quedó establecido en el fallo del caso caso Claude Reyes vs. Chile del el 19 de setiembre de 2006.

⁴² El Tribunal Constitucional peruano en la misma sentencia, apelando al concepto de Estado Social Democrático de Derecho, señala que la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Señala, además, que práctica restricciones al derecho de

2.4. Los principios que deben regir el derecho de acceso a la información

Una vez definido al sujeto portador del derecho de acceso a la información – cualquier individuo – y al sujeto portador del deber correlativo – el Estado –, resulta pertinente desarrollar los principios que rigen este derecho. Así tenemos a los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia como garantía de este derecho.

Por el carácter representativo de la democracia, es indispensable que las autoridades del Estado se rijan por principios de máxima divulgación, la misma que estable la presunción de máxima accesibilidad de la información a cargo del poder constituido (Corte IDH Claude Reyes y otros Vs. Chile párr. 92).

La presunción de apertura de funciones del Estado y el carácter público de reuniones y documentos, se debe a que la información que obra en poder del Estado es interés público y les pertenece a todas las personas (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA párr. 114).

Los principios de publicidad y transparencia guían el actuar del Estado y hace que las personas ejerzan su control democrático sobre el poder público. En este mismo sentido, la información permite la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso (Corte IDH Claude Reyes y otros Vs. Chile párr. 86).

Los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia implican también que el Estado debe recolectar, registrar y difundir de oficio su información. A esto se le conoce también como transparencia activa⁴³. De esta forma, se podrá saber qué información poseen las instituciones antes de solicitarlas (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA párr. 116).

acceso a la información pública y, por ende, obstaculizar la participación de la ciudadanía en la marcha de los asuntos públicos (STC 02303-2019-PHD/TC párr. 18).

⁴³ Las formas más usuales de transparencia activa en la administración pública son las cuentas del Estado. Informes que se publican cada cierto tiempo donde se informa a los ciudadanos sobre las acciones que el gobierno viene ejerciendo. Estos son actos de transparencia de oficio. Actualmente, esta información se viene entregando mediante recursos tecnológicos. Así, se buscó facilitar el acceso y cumplir con “la obligación de regirse por los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia para garantizar el derecho de acceso a la información en poder del Estado” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA párr. 119).

La transparencia activa permite a las personas saber a dónde deben ir para obtener la información puntual que están buscando. De esta manera, se reducen el número de solicitudes de transparencia y se cumple adecuadamente también el deber del Estado.

2.5. La información pública y sus atributos

Para cumplir con el derecho de acceso a la información, es necesario especificar lo que es información pública y sus atributos. Así, si la información producida por el Estado es información pública, también lo es aquella que, sin ser elaborada por este, se encuentra en su poder. La información que no ha sido generada por el Estado, pero se encuentra en su poder, será considerada información pública y, por lo tanto, puede ser accedida por cualquier ciudadano (Castro 21).

De esta forma, y recogiendo un concepto desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano, la información pública es toda aquella que el Estado posee. Lo realmente importante para que la información sea pública es la financiación con la que esta se obtuvo o se elaboró, así como la posesión y el uso que le da el Estado, siempre que no medie alguna excepción para su alcance (Tribunal Constitucional peruano STC 2579-2003-HD/TC párr. 12).

Pues bien, es plausible extender el concepto de información pública a toda la documentación entregada por los individuos al poder público (Castro 22)⁴⁴. Asimismo, el concepto de información pública no se limita a fuentes escritas pues comprende todo aquello que el Estado tenga en diferentes soportes, teniendo así un criterio extenso de lo que es información pública (videos, audios, fotografías, etc.).

Finalmente, la información a la que se acceda producto de este derecho debe ser veraz, actual y clara. Se vulnera el derecho cuando la información es imprecisa, errada, falsa,

⁴⁴ Este concepto de información pública como toda la información que posea el Estado es compartida también por el Tribunal Constitucional peruano. Según este Tribunal, todos los documentos presentados por los privados en el marco de un procedimiento administrativo serán al ámbito administrativo, por lo tanto, tienen un carácter de información pública y pueden ser solicitados por cualquier ciudadano (0644-2004-HD/TC párr. 5).

incompleta y no oportuna⁴⁵, por lo que el cumplimiento del deber correlativo por el Estado exige que la información que brinde cumpla con todos los atributos antes descritos.

2.6. Las excepciones del derecho de acceso a la información

El derecho de acceso a la información tiene excepciones para su ejercicio (Rettig, C. and Fornaroli, G). Así, existe cierto tipo de información que posee el Estado sobre la que los ciudadanos no pueden tener acceso⁴⁶.

Ahora bien, dado que las excepciones son límites a un derecho, deben tener una interpretación restrictiva. Más aún cuando por principio se considera que toda la información que obra en el Estado se presume pública⁴⁷.

Al estar frente a una de las excepciones del derecho de acceso a la información, el Estado debe responder expresando de manera motivada por qué se rechazó la solicitud y frente a qué excepción nos encontramos.

El derecho a la intimidad es una excepción al derecho de acceso a la información pública, dado que el derecho a la intimidad involucra actos, situaciones y circunstancias de carácter personalísimo y que no deben estar expuestos al dominio público (Castro 38). Se vulnera el derecho a la intimidad cuando hay una injerencia no consentida al espacio privado. Así, las

⁴⁵ Criterio expuesto y defendido por el Tribunal Constitucional peruano:

A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que, si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa. (STC 01797-2002-HD/TC párr. 16)

⁴⁶ Por ejemplo, la Constitución Política peruana de 1993, en su artículo 2 inciso 5, establece como límites al derecho de acceso a la información todo lo que se encuentre referida a la intimidad, la seguridad nacional, el secreto bancario y la reserva tributaria. Asimismo, otras materias también serán exceptuadas del acceso a la información siempre y cuando haya una ley que lo establezca.

⁴⁷ Este criterio es compartido por el Tribunal Constitucional peruano, que establece que los límites al derecho de acceso a la información pública “deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse una limitación a un derecho fundamental” (STC 2579-2003-HD/TC párr. 15).

constituciones suelen indicar cuáles son los derechos vinculados⁴⁸ al derecho a la intimidad y, por lo tanto, sobre estos derechos los terceros ajenos no pueden acceder a esa información así apelen al acceso a la información.

Si bien hay información que pertenece a la esfera de la intimidad de las personas y no se puede acceder a ella a través del derecho de acceso a la información, en un Estado democrático esta información sí puede ser solicitada por un juez en la medida que se considere relevante para la dilucidación de una controversia que se venga ventilando en tribunales (Tribunal Constitucional peruano STC 1480-2003-HD/TC párr. 3).

El derecho a la intimidad protege la reserva de la información personal contra terceros que quieran acceder a ella. Asimismo, la información personal que posee el Estado no puede ser reservada frente a su propio titular (Castro 40)⁴⁹.

El secreto bancario es otro supuesto de excepción del derecho de acceso a la información. Esta posición es compartida por la mayoría de las constituciones políticas de los regímenes democráticos. El secreto bancario asegura la reserva y confidencialidad de una esfera de la vida privada de las personas y de los individuos (Tribunal Constitucional peruano STC 1219-2003-HD/TC párr. 9). De esta forma, el secreto bancario es parte del contenido protegido por el derecho a la intimidad, donde los individuos y las personas jurídicas son titulares del derecho.

2.7. Síntesis

El derecho de acceso a la información es un derecho garantizado por el sistema democrático que busca que los ciudadanos puedan acceder a la información que posee el Estado.

⁴⁸ La Constitución Política peruana de 1993 reconoce distintos derechos fundamentales vinculados con la protección de la vida privada: el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la propia imagen y a la voz, el derecho a la autodeterminación informativa, el secreto bancario, la reserva tributaria y por supuesto, a la intimidad personal y familiar.

⁴⁹ Respecto a una controversia generada por este tema, el Tribunal Constitucional peruano indicó que los sujetos a los que se dirige la restricción de acceso a la información son particulares y autoridades, esto con la finalidad de preservar la intimidad; no obstante, este criterio no se aplica cuando el mismo dueño de la información lo solicita a la entidad (STC 2579-2003-HD/TC párr. 15).

Este derecho es consustancial a un régimen democrático y contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, teniendo así la condición de libertad preferida.

En las democracias, la información que posee el Estado es de interés público y pertenece a las personas. Los individuos son los portadores del derecho y el Estado es portador del deber correlativo. Como todo derecho, el derecho de acceso a la información tiene excepciones, pero que deben ser limitadas.

CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

En este último capítulo abordamos el derecho a la transparencia algorítmica. Dado que argumentamos que este es un derecho, primero definimos cuándo estamos frente a un derecho; concluido ello, y con el objetivo de desarrollar una razón suficiente de la obligación del Estado a un deber, por encontrarnos frente a un derecho, desarrollamos qué es la transparencia algorítmica y su opuesto, la opacidad. También determinamos cuáles son los objetivos de la transparencia y cuándo se da por cumplido el deber de transparencia.

Es en este capítulo definimos al derecho de la transparencia algorítmica como un derecho derivado del derecho de acceso a la información, la cual es una característica de los gobiernos democráticos liberales y, por lo tanto, un deber del Estado dentro de un régimen democrático.

3.1. ¿Cuándo estamos frente a un derecho?

El Derecho es el término entre la anarquía y el despotismo, trata de equilibrar estas dos formas extremas de vida social. Por un lado, a fin de evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos y, por otro lado, el Derecho limita el poder del Gobierno a fin de evitar el despotismo (Bodenheimer 28). De esta forma, el Derecho se constituye como la restricción al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder⁵⁰.

Asimismo, existen dos puntos diferentes con relación al Derecho (Kelsen 19-20). El primero es un hecho, una conducta determinada por los hombres. La segunda es entender al Derecho no como un hecho sino como una norma que tiene el carácter de una orden o mandamiento; entendido como algo que debe ser realizado o no, aun cuando en la realidad no se haya realizado. De esta forma, “[e]l Derecho es norma o, más exactamente, un conjunto de

⁵⁰ “Pero, aunque un gobierno con arreglo a Derecho debe tener poder suficiente para evitar condiciones anárquicas, no debe gozar de un poder ilimitado. No hay Derecho público sino un Estado donde el gobierno se ve obligado a actuar dentro de límites bien definidos” (Bodenheimer 41).

normas, un orden normativo⁵¹. Es un orden social porque regula la conducta mutua de los hombres” (Kelsen 23). A diferencia de la moral, el Derecho es un orden coercitivo (Kelsen 60)⁵².

En la misma línea, tal como indica su nombre, las normas son normativas y no descriptivas (Shapiro 72-73). Las normas indican lo que debe hacerse o es deseable que se haga.

Ahora bien, ¿cuándo podemos decir que un individuo tiene un derecho? Así tenemos que X tiene un derecho si solo si X puede tener derechos y, en igualdad de condiciones, un aspecto del bienestar de X (un interés) es una razón suficiente para obligar a otra persona o personas a estar bajo un deber (Raz 166). De esta manera, se establece que los derechos son fundamento del deber hacia otros sujetos (Raz 167)⁵³.

El interés en el que se basa un derecho es la razón por las cuales las personas tienen deberes. Los intereses son parte de la justificación de los derechos que a la vez son parte de la justificación de deberes correlativos (Raz 180). De esta forma, el interés es suficiente para fundamentar la existencia de un derecho si y solo si existe un argumento sólido cuya conclusión es que exista un determinado derecho y entre sus premisas que la produjeron se encuentra un interés del titular del derecho. Las otras premisas proporcionarán el fundamento para atribuirle la importancia, la justificación de por qué una persona o un grupo de personas son portadores de ese derecho y no otros. Juntas todas estas establecen la existencia de un derecho (Raz 181 – 182). La definición requiere que el derecho sea razón suficiente para un deber⁵⁴.

⁵¹ Para Kelsen (35), el objeto de las ciencias jurídicas son las normas. Entiende por normas algo que debe hacerse o la forma cómo debe actuarse; se guía por enunciados del deber ser. A diferencia de la moral, agrega, el Derecho es un orden coercitivo (60).

⁵² Sobre el particular, Kelsen indica que “[u]n determinado orden jurídico puede o no corresponder a un determinado orden moral, pero la validez del orden jurídico no depende de su correspondencia a un orden moral” (60).

⁵³ Dentro del pensamiento práctico, según Raz (180), el rol específico de los derechos es la fundamentación de los deberes en los intereses de otros seres.

⁵⁴ Rights are the grounds of duties in the sense that one way of justifying holding a person to be subject to a duty is that this serves the interest on which another's right is based. Regarded from the opposite perspective the fact that rights are sufficient to ground duties limits the rights one has. Only where one's interest is a reason for another to behave in a way which protects or promotes it, and only when this reason has the preemptory character of a duty, and, finally, only when the duty is for conduct which makes a significant difference for the promotion or protection of that interest does the interest give rise to a right. Naturally there may be other grounds for not holding a person to be subject to such a duty. The definition requires that the right is a sufficient reason for a duty. (Raz 183-184)

Los derechos no protegen intereses en general, sino solo intereses en la libertad, dado que la capacidad de ser libre y de decidir libremente el rubro de nuestra vida es lo que nos hace ser seres humanos (Raz 190). Así, el respeto por las personas consiste en respetar su interés por disfrutar su autonomía.

Ahora bien, así como el interés es el fundamento para establecer un derecho y asignarle un deber correlativo, es importante analizar el rol del deber en un derecho; todo derecho debe tener un deber correlativo (Hoffeld 713). Si un individuo está jurídicamente obligado a comportarse de cierta manera (deber), otro individuo tiene derecho a la conducta del primero. De esta forma, indica que el derecho no es otro caso más que un reflejo del deber del otro (Kelsen 25).

El derecho de una persona no es un deber para otra, sino el fundamento de un deber. Este fundamento justifica que otra persona tiene el deber, siempre que no es contrarrestado por consideraciones contradictorias (Raz 171). Si un individuo tiene un derecho, entonces cierto aspecto de su bienestar es una razón para considerar que otros tienen un deber.

3.2. Transparencia y opacidad algorítmica

Los individuos pueden verse afectados por el diseño y la operación de los algoritmos. Los algoritmos son *softwares* utilizados para el procesamiento de grandes volúmenes de datos personales (Mittelstadt et. al. 5). Así, al utilizar información personal producen desafíos éticos.

Dentro de los desafíos éticos que generan más preocupación están los relacionados a la transparencia y opacidad de los algoritmos (Mittelstadt et. al. 5). Es debido a ello que se busca la transparencia porque los algoritmos opacos son difíciles de monitorear, corregir y controlar.

La transparencia algorítmica es la capacidad para conocer los datos que utiliza un algoritmo, cómo se utilizan, quiénes los utilizan, para qué los utilizan y cómo los algoritmos llegan a tomar las decisiones (Sangüesa)⁵⁵.

⁵⁵ Como veremos más adelante en este capítulo, la definición base de transparencia algorítmica resulta ser insuficiente, porque se presentan problemas con la condición del individuo que debe conocer la información que se le brinda. Así, por ejemplo, es posible que la información que se le brinde a una persona experta en esta

Cuando se habla de transparencia algorítmica debemos prestar atención a la disponibilidad de la información, las condiciones de accesibilidad y la calidad de la información para el proceso de toma de decisiones de los usuarios (Turilli y Floridi 106). Asimismo, los componentes principales de la transparencia son la accesibilidad y la comprensibilidad de la información (Mittelstadt et. al. 5).

La transparencia algorítmica se relaciona con la posibilidad de que los ciudadanos comprendan las operaciones que realizan los algoritmos. Así, la transparencia está relacionada con el conocimiento de las personas al interactuar con los algoritmos, independientemente de que una organización los implemente (Paz y Lapostol 290).

Por otra parte, por opacidad algorítmica se entenderá que es no contar con elementos suficientes *a priori* para conocer cómo operan los algoritmos o la manera cómo arriban los algoritmos a sus resultados (Garrido et. al. 21). La opacidad puede deberse primero a la intención de quien desarrolla o implementa el algoritmo⁵⁶; segundo, a la falta de conocimiento de quien recibe la información debido a que es una labor de especialistas y; tercero, a razones intrínsecas en las que se desenvuelven los algoritmos dentro del lenguaje matemático. De esta forma, opacidad y transparencia son conceptos que se relacionan uno con el otro.

3.3. Objetivos de la transparencia algorítmica y los momentos para conocer

Los objetos que deben ser transparentados son los algoritmos con los que los individuos interactúan y que intervienen en su vida diaria. Por eso, al hablar de transparencia algorítmica es necesario considerar a quién se debe entregar la información y quién debe solicitar la información.

tecnología le resulte insuficiente, mientras que, por otro lado, es posible que se le brinde una información difícil de comprender a alguien que no conoce nada de esta información. De esta forma, resulta complicado establecer cuándo se ha cumplido con el deber de transparencia. Para tratar de resolver este problema, se desarrolló el concepto de transparencia algorítmica significativa, que busca brindar un mínimo de información necesaria para dar por cumplido el deber.

⁵⁶ Tal como indica Mittelstadt et. al. (5), hay algoritmos que se mantienen opacos por propietarios dado que se busca sacar alguna ventaja competitiva con ellos, también se puede presentar el caso de opacidad por seguridad nacional o privacidad. De esta manera, la transparencia podría ir en contra de otros ideales éticos.

Los objetivos que se logra conseguir con la transparencia son: verificación, mejoramiento de sistema, aprendizaje, adecuación a la legislación y la licencia social (Garrido et. al. 22).

Cuando se habla de verificación, se busca que con la transparencia sea posible examinar el algoritmo para saber si funciona de una manera adecuada. Asimismo, la transparencia generará un mejoramiento del sistema dado que cualquier mejora necesita previamente un conocimiento de los elementos esenciales con los que funciona. De la misma forma, la transparencia también abarca a la información con la que funcionan estos sistemas, con esto se busca evitar sesgos y errores. Solo con transparencia se podrá adecuar los algoritmos a los marcos legislativo de cada país. La aceptación social y reconocimiento ciudadano (licencia social) se logra cuando a través de la transparencia se llega a la aceptación y legitimación ciudadana.

Respecto a la licencia social, esta no es simplemente el cumplimiento de todos los requisitos legales o administrativos (Paz y Lapostol 290). Su finalidad es que los ciudadanos vean aceptable el funcionamiento del algoritmo en su sociedad. Es por ello que esta licencia depende de la transparencia, dado que es la forma como los individuos pueden conocer el funcionamiento de estos sistemas.

La transparencia algorítmica habilita el ejercicio de otros derechos y el medio para lograr otros requerimientos éticos, posibilita interacciones más equilibradas entre esta tecnología y los ciudadanos (Garrido et. al. 23).

Ahora bien, los momentos en los que se deben transparentar los algoritmos son dos. El primero son las interacciones *ex ante*, esto es, poner a disposición información relevante sobre el algoritmo antes de la interacción con las personas, incluso cuando dicha información no está diseñada para interactuar con las personas.

El segundo momento, *ex post*, posterior a la interacción con la persona y cuando ya ha entregado resultados. Es la capacidad de poder auditarlos.

Ya sea que se dé antes o después de la interacción, las organizaciones que desarrollan e implementan los algoritmos son las encargadas de transparentar la información y entregarlas a las entidades correspondientes establecidas por los marcos regulatorios.

3.4. Transparencia algorítmica significativa

Cuando se habla de transparencia algorítmica, una de las preguntas centrales es cuándo y cómo se da por cumplida la pretensión de transparencia. La respuesta a las preguntas antes formuladas se determina caso por caso, esto se debe a la posibilidad técnica de explicación del algoritmo y a la comprensión que pueden tener los sujetos sobre la explicación que se transparente (Garrido et. al. 23).

Respecto a la transparencia de la explicación del algoritmo, puede ser que esta sea extremadamente detallada y técnica que hace que solo puede ser comprensible para un público especializado e inadecuado para la mayoría. Asimismo, también podría pasar lo contrario, brindar una información sumamente breve y concisa que termina siendo insuficiente para el público técnico especializado.

Entonces, ¿cuándo podemos afirmar que se dio por cumplido el requerimiento de transparencia? Se debe estimar que se ha cumplido con el deber de transparencia cuando la información que se brinde oscile entre la claridad en la explicación y la posibilidad de explicar, adecuándose en cada caso a explicaciones sentadas en bases mínimas que se esperan dentro de un ámbito específico (Garrido et. al. 23)⁵⁷. A esto se le conoce como transparencia significativa.

3.5. Síntesis

El derecho a la transparencia algorítmica es un derecho garantizado por el sistema democrático y que es derivado del derecho de acceso a la información. El interés de los individuos por la transparencia algorítmica es suficiente para fundamentar el derecho a la transparencia algorítmica, por lo tanto, el sujeto portador del deber será el Estado, el mismo que

⁵⁷ De esta forma, Garrido et. al. (23-24), proponen un sistema que brinde información *ex ante*. Esto quiere decir que se brinde información sobre la operación, los resultados y la operación antes de que sean requeridos, y de una forma proactiva. La información que se debe brindar estará dirigida a un potencial usuario, relevando la información necesaria sin llegar a saturarlos de datos.

tendrá que garantizar la transparencia de los algoritmos que están en su poder o son usados por él.

CONCLUSIÓN

¿Cuál debe ser el estándar ético que deben cumplir los Estado al hacer uso de algoritmos dentro de una democracia liberal? Se abordó esta pregunta en la presente tesis, y llegamos a la conclusión que el derecho a la transparencia algorítmica es el estándar ético que deben cumplir los Estados al hacer uso de esta tecnología dentro de una democracia liberal.

Establecimos que por democracia liberal se identifica una forma de gobierno y de Estado, donde el poder político pertenece a toda la población y no solo a una persona o un grupo de personas.

Abordamos también los criterios que deben ser satisfechos para determinar que estamos frente a un gobierno democrático (Dahl 44); asimismo, de terminamos que para argumentar a favor del derecho a la transparencia algorítmica se deben tener en cuenta dos criterios: la comprensión ilustrada y el control de la agenda.

Por la comprensión ilustrada, todos los miembros de una sociedad deben tener igual oportunidades efectivas para instruirse sobre las políticas alternativas relevantes y sus consecuencias posibles dentro de una democracia. Debido ello, con la finalidad de ampliar el conocimiento de los ciudadanos sobre las consecuencias de las acciones del Estado, la democracia reconoce el derecho de acceso a la información.

Asimismo, por el criterio del control de la agenda, los ciudadanos de una democracia deben tener la oportunidad para decidir cómo y qué asuntos incorporar a la agenda social. Para ello, es necesario que tengan toda información necesaria sobre la situación del Estado, la cual está en posesión del mismo Estado.

Estos dos criterios fortalecerán a la opinión pública, siendo esta el fundamento de todo gobierno de una Estado democrático. Como se señaló también, las opiniones deben ser libres y libremente formadas en la democracia, para lo cual, necesitan de información libre sobre “la cosa pública”. Por tanto, el Estado debe brindar la información que está en su poder.

De esta manera, el Estado democrático debe desarrollar todos los mecanismos institucionales para que garanticen la transparencia de los gobernantes sobre los gobernados, a

fin de que estos puedan tener toda la información necesaria para tomar una decisión y aplicar las medidas de control.

Ahora bien, la democracia no es solo un procedimiento de gobierno, sino es también un sistema de derechos (Dahl 58), que se encuentra entre los pilares de un gobierno democrático⁵⁸. Así, “la democracia garantiza a sus ciudadanos una cantidad de derechos fundamentales que los gobiernos no democráticos no garantizan ni pueden garantizar” (Dahl 58).

Uno de los derechos garantizados por el sistema democrático es el derecho de acceso a la información, que busca que los ciudadanos puedan acceder a la información que posee el Estado. Este derecho es consustancial a un régimen democrático y contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, teniendo así la condición de libertad preferida.

En las democracias, la información que posee el Estado es de interés público y pertenece a las personas. Los individuos son los portadores del derecho y el Estado es portador del deber correlativo. Como todo derecho, el derecho de acceso a la información tiene excepciones, pero que deben ser limitadas.

El derecho a la transparencia algorítmica es un derecho garantizado por el sistema democrático y que es derivado del derecho de acceso a la información. Este derecho se constituye como una restricción al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder que podría tener el Estado al hacer uso de los algoritmos.

Siguiendo lo planteado por Raz (166), los individuos tenemos derecho a la transparencia algorítmica si, y solo si, un aspecto del bienestar de los individuos (un interés) es una razón suficiente para obligar al Estado a estar bajo un deber.

Así, el interés de los individuos por la transparencia algorítmica es suficiente para fundamentar el derecho a la transparencia algorítmica, por lo tanto, el sujeto portador del deber será el Estado, el mismo que tendrá que garantizar la transparencia de los algoritmos que están en su poder o son usados por él.

⁵⁸ Por definición, ningún sistema no democrático otorga a sus ciudadanos (o súbditos) este amplio elenco de derechos políticos. Si algún sistema político lo hiciera, se convertiría, por definición, en un sistema democrático.

Por lo antes expuesto, el Estado debe buscar la posibilidad de que los ciudadanos comprendan las operaciones que realizan los algoritmos con los que interactúan y que intervienen en su vida diaria; esto quiere decir que sean transparentes.

El deber del Estado es la transparencia algorítmica significativa, que es proporcionar una explicación correcta y a la vez comprensible para las personas, sin necesidad de contar con altas competencias técnicas en áreas tecnológicas. Por ello, debe brindar la información necesaria para evaluar el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, Joaquín. *Conceptos políticos fundamentales*. Alianza Editorial, 2011.
- Beitz, Charles R. *La idea de los derechos humanos*. Marcial Pons, 2012.
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. 2nd ed, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general de la política*. 3rd ed, Editorial Trotta, 2009.
- Cárdenas, Heidi S. “El derecho de acceso a la información pública. Alcances y Límites”. *El hábeas data en la actualidad. Posibilidad y límites*. Cord. Luis R. Sáenz Dávalos, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2020, pp. 253 – 275.
- Castro, Karin. *El acceso a la información pública: Apuntes sobre su desarrollo en el Perú a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cuaderno de trabajo N°6. Departamento Académico de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.
- Coeckelbergh, Mark. *Ética de la inteligencia artificial*. Cátedra, 2021.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Declaración de principios sobre libertad de expresión*. 2000. <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf
- Dahl, Robert A. *La democracia*. Ariel, 2022.
- Daly, Angela and Hagendorff, Thilo and Li, Hui and Mann, Monique and Marda, Vidushi and Wagner, Ben and Wang, Wayne Wei and Witteborn, Saskia. “Artificial Intelligence, Governance and Ethics: Global Perspectives (July 4, 2019)”. The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2019-15, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2019/033, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3414805> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3414805>
- Estlund, David. *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Siglo Veintiuno Editores S.A., 2011.

- Garrido, R., Lapostol, P., y Hermosilla, M. P. Transparencia Algorítmica en el sector público. Consejo para la Transparencia y GobLab UAI. 2021. <https://goblab.uai.cl/wp-content/uploads/2021/11/ESTUDIO-TRANSPARENCIA-ALGORITMICA-EN-EL-SECTOR-PUBLICO-GOBLAB-vf.pdf>
- Hayek, Friedrich A. *Los fundamentos de la libertad*. 9nd ed, Unión Editorial, 2014.
- Hermosilla, María P; Lapostol, P. “The limits of algorithmic transparency”. *Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no setor público brasileiro - TIC Governo Eletrônico 2021*. CETIC.BR|NIC.BR, 2022, pp. 289 – 295. https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/20220725170710/tic_governo_eletronico_2021_livro_eletronico.pdf
- Hohfeld, Wesley Newcomb. “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.” *The Yale Law Journal*, vol. 26, no. 8, 1917, pp. 710–70. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/786270>
- Kant, Immanuel. *Hacia la paz perpetua*. Ediciones Alamanda, 2018.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 3nd ed, UNAM, 2021.
- Lara Gálvez, J. C. “Perspectivas de derechos humanos en la implementación de marcos éticos para la inteligencia artificial”. En C. Aguerre, (Ed.). *Inteligencia Artificial en América Latina y el Caribe. Ética, Gobernanza y Políticas*. Buenos Aires: CETyS Universidad de San Andrés, 2020. pp. 1 – 33.
- Latorre, José Ignacio. *Ética para máquinas*. 2nd ed, Ariel, 2019.
- Mill, Stuart. *Ensayos sobre la libertad*. Ediciones Brontes S.L., 2011.
- Mittelstadt, Brent Daniel, et al. “The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate”. *Big Data & Society*, vol. 3, n.o 2, diciembre de 2016, p. 2053951716679679. SAGE Journals, <https://doi.org/10.1177/2053951716679679>.
- Morón, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I*. 16nd ed, Gaceta Jurídica, 2021.

Palma, Leny. “El hábeas data en el Perú. Derechos protegidos, alcances y límites a la luz de la jurisprudencia constitucional”. *El hábeas data en la actualidad. Posibilidad y límites*. Cord. Luis R. Sáenz Dávalos, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2020, pp. 207 – 234.

Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford University Press, 1986.

Rawls, John. *El liberalismo político*. Crítica, 2019.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*.
<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Organización de los Estados Americanos. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. 2007.
<http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/estudio%20especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20informacion.pdf>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Principios de Lima*. 2000.
<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=158&IID=2>

Rettig, C. and Fornaroli, G. “Conflicts of Rights and Action-Guidingness”. *Ratio Juris*. 2023.
<https://doi.org/10.1111/raju.12374>

Roa Avella, Marcela del Pilar; Sanabria-Moyano, Jesús E.; Dinas-Hurtado, Katherin. “Uso del algoritmo compas en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 1, abr. 2022, pp. 275-310,
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>

Ross, Alf. *¿Por qué democracia?* Ediciones Olejnik, 2018.

Sangüesa, Ramon. "Intel·ligència artificial i transparència algorítmica. “It's complicated”". BiD: textos universitaris de biblioteconomia i documentació, núm. 41 (deseembre), 2018,
<https://bid.ub.edu/41/sanguesa.htm> <https://dx.doi.org/10.1344/BiD2018.41.11>

Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* 2nd ed, Taurus, 2014.

- Shapiro, Scott J. *Legalidad*. Marcial Pons, 2014.
- Smith, Adam. *La riqueza de las naciones*. 1nd ed, El libro de Bolsillo Alianza Editorial Madrid, 1994.
- Squella, Agustín. *Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?* 2nd ed, Universidad de Valparaíso, 2020.
- Swift, Adam. *¿Qué es y para qué sirve la filosofía política? Guía para estudiantes y políticos*. Siglo Veintiuno Editores S.A., 2016.
- Taddeo, Mariarosaria, y Luciano Floridi. “How AI Can Be a Force for Good”. *Science* (New York, N.Y.), vol. 361, n.o 6404, agosto de 2018, pp. 751-52. PubMed, <https://doi.org/10.1126/science.aat5991>
- Tocqueville, Alexis D. *La democracia en América*. 2nd end, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Tribunal Constitucional peruano. Sentencia N.º 01797-2002-HD/TC, 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>
- Tribunal Constitucional peruano. Sentencia N.º 1480-2003-HD/TC, 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01480-2003-HD.html>
- Tribunal Constitucional peruano. Sentencia N.º 1219-2003-HD/TC, 2004. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01219-2003-HD.pdf>
- Tribunal Constitucional peruano. Sentencia N.º 2579-2003-HD/TC, 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>
- Tribunal Constitucional peruano. Sentencia N.º 0644-2004-HD/TC, 2005. https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/STC%20EXPEDIENTE%20N%C2%BA0644-2004-HD-TC_LALEY.pdf
- Tribunal Constitucional peruano. Sentencia N.º 02303-2019-PHD/TC, 2021. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02303-2019-HD.pdf>