

W

WORKING
PAPERS

366

Influencia y desafíos del Open Data en la
sociedad europea del siglo XXI: una mirada
comparativa a su desarrollo en España y
Francia

PIERRE JEAN *THIL*



Institut de Ciències Polítiques i Socials
Adscrit a la Universitat Autònoma de Barcelona

Influencia y desafíos del Open Data en la sociedad europea del siglo XXI: una mirada comparativa a su desarrollo en España y Francia

PIERRE JEAN *THIL*

Universitat Autònoma de Barcelona

Université Toulouse Capitole

L'Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS) és un consorci creat l'any 1988 per la Diputació de Barcelona i la Universitat Autònoma de Barcelona, institució aquesta última a la qual hi és adscrit a efectes acadèmics.

“Working Papers” és una de les col·leccions que edita l'ICPS, amb un informe previ del corresponent comitè de lectura, especialitzada en la publicació en la llengua original de l'autor— de treballs en elaboració d'investigacions socials, amb l'objectiu de facilitar-ne la discussió científica.

La seva inclusió en aquesta col·lecció no en limita la posterior publicació per l'autor, el qual manté en tot moment la integritat dels seus drets.

Aquest treball no pot ésser reproduït sense el permís de l'autor.

Les idees i opinions contingudes en aquest document són responsabilitat de l'autor, sense que reflecteixin, necessàriament, el pensament del consorci Institut de Ciències Polítiques i Socials.



Edició: Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS)
Mallorca, 244, pral. 08008 Barcelona (Espanya)
<http://www.icps.cat>

© Pierre Jean THIL

ISSN: 1133-8962

DL: B-10186-2012

ABSTRACT

El siglo XXI está marcado por el desarrollo de nuevas tecnologías que han producido un cambio en los sectores económicos y sociales. Además de esta revolución 3.0, el derecho también sigue adaptándose a la evolución tecnológica. Desde los años 70, los ordenamientos jurídicos nacionales empezaron a preocuparse por este fenómeno. Posteriormente, fue el turno de la Unión europea. Además de las reglas “clásicas” sobre protección de datos personales, puede ser relevante interesarse por el Open Data y la transparencia administrativa teniendo en cuenta la voluntad de construir una verdadera economía europea de los datos. Por su parte, los “datos abiertos” (Open Data) traducen una voluntad de acercar al ciudadano la administración, mediante la puesta a disposición de datos “abiertos” con el fin de que sean reutilizados para otros fines. Con el objetivo de fomentar la transparencia de la administración, se han desarrollado tanto a nivel europeo como nacional, normativas que regulan el acceso y la reutilización de estos datos. El estudio del impacto y de los desafíos del movimiento del Open Data es ilustrativo de la digitalización cada vez más profunda que se está llevando a cabo en la sociedad europea del siglo XXI.

ÍNDICE	
ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	9
I- La necesidad de la puesta en marcha de una política de Open Data en la Unión Europea	14
A- Una voluntad enmarcada dentro de la construcción del mercado único digital europeo	14
B- Los beneficios relativos a la apertura y a la accesibilidad de los datos de las administraciones públicas: el acercamiento del ciudadano hacia la administración pública	17
II- Estudio del régimen jurídico del Open Data y de su desarrollo práctico	20
A- La lenta construcción de un marco legislativo a nivel europeo en materia de acceso a los documentos públicos	20
B- El marco legislativo del derecho de la Unión europea en materia de Open Data: de la Directiva 2003/98/CE a la reforma clave de 2019	21
C- Análisis comparativo del marco regulatorio español y francés del Open Data	28
i) Estudio del marco regulatorio francés	29
ii) Estudio del marco regulatorio español	35
D- El desarrollo práctico del Open Data en Francia y en España: el ejemplo de Toulouse y Barcelona	41
III- Los límites al desarrollo de una verdadera política efectiva de Open Data	43
A- Las preocupaciones económicas y relativas a la propiedad intelectual	43
B- La necesaria protección de los datos personales en materia de Open Data	45
CONCLUSIONES	58

ABREVIATURAS

CADA : Commission d'accès aux documents administratifs
CCAA: Comunidad Autónoma
CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
CJA : Code de Justice Administrative
CNIL : Commission Nationale Informatique et Libertés
COJ : Code de l'Organisation Judiciaire
CPI : Code de propriété intellectuelle
CPP : Code de Procédure Pénale
CRPA : Code des Relations entre le Public et l'Administration
DDHC: Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano
G29: Grupo del artículo 29
ISP: Información del sector público
LRJSP: Ley del Régimen Jurídico del Sector Público
LRN : Loi pour une République Numérique
RGPD: Reglamento General sobre la Protección de Datos Personales
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

“We will work together to ensure the public trust and establish a system of transparency, public participation, and collaboration. Openness will strengthen our democracy and promote efficiency and effectiveness in government”.

Barack Obama¹,

Apertura, transparencia, democracia y efectividad, son los términos específicos utilizados por Barack Obama para definir a nivel internacional el movimiento de Open Data. Este movimiento, como analizamos a continuación, nos lleva a preguntarnos sobre los aspectos más fundamentales de la sociedad contemporánea². De hecho, el siglo XXI está marcado por una revolución tecnológica y la creación de una verdadera economía de los datos, que influye en todos los ámbitos de la sociedad. En particular, algunos sectores específicos del ámbito público, que serán objeto del presente trabajo, son los más afectados. Como recalca ya la Comisión europea en 2014³: *“los conjuntos de datos resultantes son tan voluminosos y complejos que se hace difícil procesarlos con las herramientas y los métodos de gestión de datos actuales”*⁴. Este ecosistema de los datos que se está creando en toda la Unión europea (en adelante UE), influye en el día a día de los servicios públicos que están ante una transición hacia la digitalización de sus actividades, desde el año 2000, con el fin de adaptarse a la realidad actual. De este modo, existen unos cuantos desafíos a los que estas entidades públicas tienen que hacer frente. **Este trabajo tiene por objetivo demostrar la necesidad de desarrollar una política de Open Data efectiva en la sociedad europea, analizando la transcendencia de la puesta en marcha de unas políticas públicas más transparentes, más democráticas y más cercanas a los ciudadanos, en la que se favorecería la innovación gracias a este movimiento.** Los beneficios, tantos sociales como económicos, del Open Data tienen que guiar la reflexión del lector con el fin de hacerle entender que esta política de apertura de los datos debe ser una filosofía que gobierne la acción pública. La actuación de la administración pública en este ámbito es *de-limitada* por el régimen jurídico del Open Data presente, tanto a nivel de la UE, como a nivel nacional. Por lo tanto, dado el nivel de avance y de fomento de las políticas de Open Data de Francia y de España, es relevante e interesante observar a través de un análisis comparativo cómo se desarrolla en ellos.

Con el fin de entender la noción de Open Data y de acotar el tema, hace falta acudir primero a los principios de gobernanza de Internet⁵. En el mundo online, el principio de universalidad de

1 OBAMA. (B), *Memorandum for the heads of executive departments and agencies*, Federal Register, 74(15), (2009) 4685–4686. <https://www.federalregister.gov/>.

2 NOYER. (J.-M.) ; CARMES. (M.), “Le mouvement “Open Data” dans la grande transformation des intelligences collectives et face à la question des écritures, du web sémantique et des ontologies”, Hal archives ouvertes, 2012, <https://archivesic.ccsd.cnrs.fr/> p.5 : “Le mouvement « Open Data » est l’occasion d’une renégociation politique des relations entre savoirs et pouvoirs, d’une transformation des intelligences collectives, d’une libération des flux de savoirs qui circulent”.

3 Comisión europea, COM (2014)442final.

4 Cit., COM (2014)442final, p.2.

5 UNESCO, “Principes de gouvernance de l’internet : analyse comparative”, <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002353/235370f.pdf>

Internet es muy característico y hace referencia: *“au principe d’ouverture technique économique (dont l’accès ouvert) et au principe d’accessibilité en tant que dimension sociale”*⁶. Esto se traduce por la afirmación de distintos principios que van a guiar el desarrollo de tecnologías de Open Data, a saber: el principio de apertura y de interoperabilidad de los recursos, y el principio de neutralidad y de apoyo a la innovación⁷ (tal como lo recalca igualmente la doctrina científica⁸). Con el objetivo de completar esta primera observación es de particular interés mencionar que varios grupos internacionales se preocuparon por el desarrollo del Open Data, tal como el G8⁹, que elaboró una carta firmada el 18 de junio de 2013 con los principios que se comprometían a desarrollar. Eran los principios de apertura por defecto, de manera oportuna y completa, de forma accesible y utilizable, de manera comparable e interoperable, para mejorar la gobernanza y la participación ciudadana, para el desarrollo inclusivo y la innovación. Conviene igualmente observar que la *Open Data charter*¹⁰ detalla de manera más específica estos principios.

Puede definirse el término de dato abierto, de conformidad con el manual *Open Data Handbook* por: *“datos que pueden ser utilizados, reutilizados y redistribuidos libremente por cualquier persona y que se encuentran sujetos, cuando más al requerimiento de atribución y de compartirse de la misma manera en que aparecen”*¹¹. La noción de dato abierto es compleja y puede evocar varias realidades¹², tanto desde el punto de vista científico como tecnológico. De manera complementaria, la noción de coste tendrá que ser igualmente tenida en cuenta a la hora de entender el concepto. En particular, para facilitar su comprensión puede hacerse referencia a los principios desarrollados durante la conferencia de *Sebastopol* en 2007: los datos deben ser completos, primarios, oportunos, accesibles y explotables, (no discriminatorios, sin propiedad y libres de derechos). Por lo tanto, hoy en día, la noción de dato abierto se caracteriza por su componente social y político, que se agrega al técnico¹³. Lo que puede entenderse como algo que trasciende la simple e inicial noción de transparencia y de *open gouvernement*¹⁴, cuyas raíces pueden tener sus orígenes en el periodo

Gouvernement Français, “Principes de Gouvernance de l’Internet : propositions du gouvernement français”, <http://www.netgouvernance.org/PrincipesGouvernanceFR.pdf>.

KURBALIJA. (J.), “Introduction à la Gouvernance de l’Internet”, 2ème édition <http://archive1.diplomacy.edu/>.

6 Cit., UNESCO, “Principes de gouvernance de l’internet...”, p36.

7 Cit. Propositions du gouvernement français, p.2.

8 Cit. Noyer, “Le mouvement ...”, p.2 : *“C’est même l’idée fondatrice de ceux qui ont créé le réseau Internet sur la base d’un modèle spécifique de l’activité scientifique comme mode de production, circulation “libre” des savoirs, optimal en termes d’innovation et de créativité”*.

9 G8, Open Data Charter, <https://opendatacharter.net/g8-open-data-charter/>

10 Charte Internationale sur les données ouvertes, <https://opendatacharter.net/principles-fr/>.

11 Open Data Handbook, <http://opendatahandbook.org/guide/es/what-is-open-data/>.

12 Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, “Open Data et Intégrité Publique, Les technologies numériques au service d’une démocratie exemplaire”, Paris, 2016, <https://www.hatvp.fr/> : p.16 : *“L’open data est une notion ambivalente dans la mesure où elle traduit à la fois une initiative politiques vers une plus grande ouverture des données publiques, et une exigence technologiques, qui consiste en la libération de données facilement réutilisables par les citoyens”*.

13 SMITH. (M.); REILY. (K.), “Open Development: Networked Innovations in International Development”, MIT Press, vol.13, n° 2, 2013.

14 PARKS. (W.), “The Open Government Principle, Applying the right to know Under the Constitution”, *The George Washington Law Review*, vol. 26, n° 1, 1957.

YU. (H.); ROBINSON. (D.), “The new ambiguity of “Open Government”, *UCLA Law Review Discourse*, n° 178, 2012. <https://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/59-11.pdf>.

siguiente a la segunda guerra mundial. Conviene destacar que: *“la notion d’open gouvernement data résulte de la confrontation de l’Open Data et du large champ de l’information publique”*¹⁵. Así pues, tiene que recalcar la importancia para los gobiernos de estos movimientos de *Open Data government* que infiere en todos los sectores de la economía¹⁶.

Lo que tiene que entenderse es la gran posibilidad ofrecida por los datos, tal como lo pone de relieve la Comisión europea: *“(...) los datos, una vez registrados, se pueden utilizar muchas veces sin pérdida de fidelidad”*, poniendo de manifiesto que: *“esta generación de valor agregado es fundamental para el concepto de cadena de valor de los datos”*¹⁷. Dicha institución subraya la relevancia de la utilización de los datos en el sector público, refiriéndose a diferentes tipos de datos¹⁸. Conviene observar que puede existir una interconexión entre el sector privado y el sector público a la hora de la reutilización de los datos públicos que puede incentivar la economía¹⁹, lo que demuestra la existencia de una sinergia en cuanto a las posibilidades ofrecidas por los datos abiertos. De acuerdo con las cifras de la Comisión Europea: *“the direct economic value of PSI is expected to increase from a baseline of EUR 52 billion in 2018 for the EU 28, to EUR 194 billion in 2030”*²⁰. Por lo tanto, es relevante llevar a cabo este estudio para poder dar a entender los desafíos de la materia, así como los límites y las lagunas de los regímenes jurídicos con el fin de sistematizar las políticas de Open Data y los márgenes de progreso.

En este sector, como puede destacarse en las iniciativas de los poderes públicos tanto nacionales, como europeos o locales, la apertura de los datos para los ciudadanos tiene grandes ventajas para el funcionamiento de los servicios públicos, la innovación en materia de salud y el incremento de la legitimidad de la administración pública²¹. A modo ilustrativo, puede mencionarse el informe n°12 del *Conseil National du Numérique*²² francés del 5 de junio de 2012, relatif à l’ouverture des données publiques²³ en el que se indica que: *“elle est une condition de la démocratie participative et une*

15 Cit. Haute Autorité de Transparence, “Open data & Intégrité...”, p.22.

16 LEE. (J.-A.), “Licensing Open Government Data, *Hastings Business Law Journal*, Vol. 13, No. 2, 2017; The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper 2017-07. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964704.

p.209: “Government data has become an increasingly important strategic source for entrepreneurship, innovation, and economic growth”.

17 Cit., COM (2014)442final, p.5.

18 Comisión Europea, Open data, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-data>.

“Examples are geographical information, statistics, weather data, data from publicly funded research projects and digitized books from libraries”.

19 Comisión europea, COM (2017)0228final. Esto es puesto de relieve igualmente en la comunicación relativa al análisis de las medidas implementadas para el Mercado Único Digital: *“La economía de los datos puede ayudar a las empresas europeas a crecer, a modernizar los servicios públicos y a empoderar a los ciudadanos. Para que esto suceda, es necesario que los datos sean continuamente accesibles y que puedan moverse libremente en el mercado único, acompañados de la capacidad informática de alto rendimiento necesaria para analizarlos”*, p.12.

20 Cit., Comisión europea, “Open Data”.

21 PILAR. (J), The European Commission’s Open Data Policy, <https://www.naturvardsverket.se/>.

22 Conseil National du Numérique : *“Le Conseil national du numérique comprend, de façon paritaire, un collège de trente membres experts ainsi que des personnalités impliquées dans le développement du numérique dans plusieurs secteurs de la société, un bureau et un secrétariat général composé d’une douzaine de permanents”*, <https://cnnumerique.fr/le-conseil/qui-sommes-nous>.

23 Conseil National du Numérique, avis n°12, relatif à l’ouverture des données publiques, 5 juin 2012, <https://cdn2.nextinpact.com/médias/avis-12.pdf>.

source d'amélioration de l'efficacité des administrations"²⁴. Además, cabe destacar que una política de Open Data efectiva favorece la transparencia²⁵ de la acción pública, así como la participación de los ciudadanos en la vida democrática²⁶. A este respecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa establece **un vínculo directo** entre transparencia y derecho de acceso a la información pública²⁷, por lo tanto, se nota que las nociones tienen que leerse conjuntamente. El desarrollo del Open Data tiende igualmente a mejorar el control de la administración pública. De hecho, desde **la vertiente positiva**, las administraciones tienen que publicar más informaciones sobre sus actividades, para facilitar que los ciudadanos puedan controlar de un modo más sencillo la actuación de estos entes. Aunque no esté relacionado directamente con el Open Data, el control de la acción del gobierno es de suma importancia. De hecho, conviene destacar que numerosos logros han sido posibles en reacción a ideas de los gobiernos en el sector de las nuevas tecnologías. Por ejemplo, en Francia se demostró en los años 70, la necesidad de una verdadera legislación de protección de la vida privada ante la voluntad de desarrollar un programa informático que hubiera vulnerado la vida privada de los ciudadanos (programa SAFARI que preveía la interconexión de ficheros administrativos).

Desde **la vertiente negativa**, el Open Data va a generar una voluntad de facilitar cada vez más datos. Con el fin de ilustrar la transcendencia de esta vertiente del principio de transparencia administrativa, tomamos como ejemplo la iniciativa del gobierno francés de ofrecer, en formato de datos abiertos todos los resultados del *Grand Débat National* que tuvo lugar en Francia después de la crisis de los "gilets jaunes"²⁸. Mediante este proceso, el gobierno francés quiso favorecer la transparencia de la acción pública, así como dar fuerza a las propuestas ciudadanas procedentes de las diferentes reuniones locales. Por lo tanto, se puede notar que el Open Data permite lograr un objetivo de democratización, y que es utilizado como herramienta política para hacer frente a las críticas de una parte de la población no satisfecha con las medidas de un gobierno elegido democráticamente.

En el marco de nuestro estudio, el análisis de la política de Open Data entre Francia y España debe entenderse bajo el prisma de la política de la UE dedicada al desarrollo del mercado único digital,

24 Cit., Conseil National du Numérique, avis n°12, p.1.

25 SAUVE. (J.M.), Transparence et efficacité de l'action publique, Assemblée Générale de l'inspection générale de l'administration, 3 juillet 2017, <https://www.conseil-etat.fr/>.

Subrayó durante su intervención que la: "transparence favorise, en premier lieu, une meilleure gouvernance publique. Elle permet, en effet, la mise en œuvre des principes et des valeurs qui sont au fondement d'une bonne action publique, c'est-à-dire d'une action légale, juste et efficace. (...) Au travers du droit d'accès aux documents administratifs et de l'obligation de motivation de certains actes administratifs, la transparence contribue également à l'impartialité, la neutralité et l'objectivité de l'action publique".

26 ETALAB, Pour une action publique transparente et collaborative, plan d'action national pour la France 2018-2020, <https://www.etalab.gouv.fr/>, p.18 : "L'ouverture des données publiques contribue à la transparence démocratique et à l'innovation économique et sociale. Elle permet d'améliorer l'action publique et de développer de nouvelles formes de régulation publique".

27 Sentencia de 22 de junio de 2017, Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n°2 de Madrid : "Pueden distinguirse dos aspectos en cuanto al derecho al acceso a la información: Transparencia proactiva, como aquella obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer la información sobre sus actividades, presupuestos y políticas y la Transparencia reactiva: Es el derecho de los ciudadanos de solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información de y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria".

28 Données ouvertes du Grand Débat National, <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/donnees-ouvertes-du-grand-debat-national/>.

puesto de relieve ya en el *Digital Agenda for Europe*. Así, en una comunicación de 2011²⁹ sobre el Open Data, la Comisión europea destacó tres prioridades. Primero, la adaptación del marco legal sobre la reutilización de datos, que se relaciona con la propuesta de revisión de la Directiva de 2003/98/CE³⁰. El segundo es relativo al desarrollo de instrumentos financieros con el fin de apoyar iniciativas en este sector. Finalmente, el tercer aspecto se enmarca dentro de la necesaria colaboración entre los Estados miembros de la Unión. Además, aparecía la necesidad de llamar la atención de las entidades y organizaciones públicas³¹, en cuanto al interés del Open Data. Por consiguiente, puede ser oportuno referirse a posibles problemas que han sido puestos de manifiesto y recogidos por Andrew Stott³² con el fin de entender que la iniciativa no era sencilla. Unido a lo anterior, los límites expuestos se relacionan con la existencia de barreras tecnológicas. Es decir, con la ausencia de sitios web adecuados, de falsas creencias en cuanto a problemas de propiedad de los datos, de posible vulneración del derecho a la privacidad o de posibles malos usos por parte de los utilizadores.

Antes de entrar en el cuerpo de este estudio, es necesario interesarse por la noción crucial de **apertura**³³, que se ubica en el centro de la reflexión sobre el Open Data. El concepto de apertura puede tener tres vertientes según el Open Data Handbook, que son las de: *“disponibilidad y acceso, reutilización y participación, y universal redistribución”*. Dentro de estas facetas, una noción de particular importancia será la de accesibilidad³⁴. De hecho, antes de evocar el movimiento de Open Data, debe observarse que existe una brecha digital en la sociedad que puede obstaculizar el progreso de las políticas sobre él, dado que va a impedir a mucha gente **acceder a estas preciadas informaciones**. La existencia de este vacío digital constituye una de las primeras quejas en contra del Open Data, lo que conlleva a la crítica de este movimiento³⁵.

Dentro de este cuadro general de análisis de las políticas de Open Data debemos hacer hincapié, también, en el hecho de que el mundo siempre ha sido influido por los datos que estaban procesados manualmente, es decir los datos estáticos³⁶. Ahora bien, hoy en día con la digitalización existen

29 Comisión europea, COM (2011)882 final.

30 Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre de 2003 relativa a la reutilización de la información del sector público.

31 Cit.COM (2011) 882 final, p.7: *“Another key factor is the lack of awareness among public organizations of the potential of open data. There is still a widespread fear of losing control. Some of the concerns are legitimate, such as privacy protection, national security and the need to protect the intellectual property rights of third parties. Other arguments seem to be rather excuses for inaction”*.

32 STOTT. (A.), A Sample of Data Hugging Excuses, <http://www.droi.de/>

33 DAVIES. (T.G); ASHRAF BAWA. (Z.), “The promises and perils of Open Government Data (OGD)”: *“open” is an incredibly broad and multi-dimensional term*”, <http://ci-journal.org/>.

34 GURS. (M.), “Open data: Empowering the empowered or effective data use for everyone”, First Monday, 20 January 2011 <https://firstmonday.org/article/view/3316/2764>

35 Cit., GURS. (M.), Empowering the ...”: *“This is not to argue against “open data” which in fact is a very significant advance and support to broad-based democratic action and empowerment. Rather it is to argue that in the absence of specific efforts to ensure the widest possible availability of the prerequisites for “effective use” the outcome of “open data” may be quite the opposite to that which is anticipated (and presumably desired) by its strongest proponents”*.

36 DOVE. (E.), “Reflections on the Concept of Open Data”, *Journal of Law, Technology & Society*, (2015) 12:2 154-166, <https://ssrn.com/abstract=3025480>, p. 155: *“(…) and extracted data were typically static and coarse. Large amounts of time and resources were needed to collect and interpret a data which blunted their impact on various domains, including science, business, government and civil society”*.

nuevas posibilidades tecnológicas dado que pasamos de un mundo de datos estáticos a dinámicos³⁷. Entre otros avances, puede mencionarse el incremento exponencial de los tratamientos de datos que ha modificado nuestros modos de vida. Se puede ilustrar con el ejemplo del Big data³⁸ y de las tecnologías de Inteligencia Artificial que permiten proponer ofertas directamente dirigidas a los consumidores en función de sus necesidades, pero están igualmente sujetas a numerosas críticas, en cuanto a la protección de los derechos de los ciudadanos y al posible control que se puede ejercer.

La exposición de la definición del Open Data, de sus principios, así como de los desafíos que giran en torno a esta materia ponen de relieve el interés en un estudio de su régimen normativo utilizando como espectro dos países cercanos que son líderes en el mundo en cuanto al desarrollo de las políticas Open Data, con el fin de entender los objetivos que motivan las legislaciones, así como los límites que pueden restringir una política eficaz de apertura de los datos públicos.

Así pues, para llevar a cabo un estudio pormenorizado de la materia es necesario poner la mirada primero en el contexto que caracteriza este movimiento (I) antes de exponer el marco normativo, tanto europeo como nacional, a nivel francés y español (II), con el fin de entender las iniciativas puestas en marcha a nivel local y concluir con el análisis de algunos límites al Open Data(III).

I - LA NECESIDAD DE LA PUESTA EN MARCHA DE UNA POLÍTICA DE OPEN DATA EN LA UNIÓN EUROPEA

Se ha desarrollado en el seno de la UE una voluntad de poner en marcha normativas relativas a la reutilización de las informaciones del sector público. Éstas, se vinculan a la voluntad de desarrollar un mercado único digital (A) y a la de acercar al ciudadano a la administración pública (B).

A - UNA VOLUNTAD ENMARCADA DENTRO DE LA CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO ÚNICO DIGITAL EUROPEO

La UE se singulariza, entre otros elementos, por su mercado interior caracterizado por cuatro libertades³⁹. Con la intención de adaptarla a los desafíos del mundo digital, la Comisión europea estableció una estrategia ambiciosa para construir un verdadero Mercado Único Digital⁴⁰. Este plan se enmarca dentro de la Estrategia Europa 2020⁴¹. A este respecto, es necesario mencionar una comunicación de la Comisión europea de 27 de octubre de 2010, *“hacia un Acta del Mercado*

37 Directiva 2019/1024/UE, considerando 8.

38 European Data Protection Supervisor, “Opinion 4/2015, Towards a new digital Ethics: Data, Dignity and Technology”, 2015, <https://edps.europa.eu/>.

39 TFUE, art.26.

40 MONTI. (M.), “Una nueva estrategia para el mercado único — Al servicio de la economía y la sociedad de Europa”, 9 de mayo de 2010, p.50.

41 Comisión europea, COM (2010)2020final.

Único”⁴², donde se expusieron medidas para “impulsar la economía de la UE y crear puestos de trabajo”⁴³, este documento tiene que leerse de manera conjunta con la comunicación titulada “*acta del Mercado Único II - Juntos por un nuevo crecimiento*”⁴⁴, en la que se proponen otras propuestas “centradas en cuatro vectores para el crecimiento, el empleo y la confianza”⁴⁵, y donde el apoyo economía digital, forma parte. Otra comunicación de interés para entender la importancia de comunicación de 2015, es la del 11 de enero de 2012, titulada “*un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea*”⁴⁶, en la que se destaca la idea según la cual para que la UE aproveche las posibilidades ofrecidas por este mercado “*requerirá una mayor confianza en el mercado único digital*”.

En su comunicación del 6 de mayo de 2015 - “*estrategia para el Mercado Único - Digital*”⁴⁷, la Comisión europea presenta una estrategia basada en tres pilares. Primero, la mejora del acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en Europa; segundo, la creación de unas condiciones adecuadas y equitativas para el éxito de las redes digitales y los servicios innovadores; y tercero, el aprovechamiento máximo del potencial de crecimiento de la economía digital.

Una idea crucial de la comunicación de 2015 era la de construir una economía europea de los datos: “*se considera a menudo que los datos son un catalizador para el crecimiento económico, la innovación y la digitalización en todos los sectores económicos*”⁴⁸. Así, gracias a la puesta en marcha de una verdadera política europea en materia de Open Data, con la idea de favorecer la accesibilidad y la reutilización de los datos abiertos: “*se fomentará el acceso a los datos públicos para ayudar a impulsar la innovación*”⁴⁹. Además, debe observarse que esta filosofía debe leerse como un componente adicional a lo garantizado con la creación de una quinta libertad de circulación⁵⁰, la de los datos.

La UE ha querido favorecer y asegurar una verdadera libre circulación de los datos a través de dos reglamentos. Primero, el Reglamento General sobre la Protección de Datos Personales⁵¹ del 25 de mayo de 2018 (en adelante RGPD), que es el texto de referencia en materia de protección de datos y que tiene por objetivo alcanzar tanto la libre circulación de los datos personales como una adecuada protección de los derechos de los usuarios en el marco de los tratamientos de los mismos.

42 Comisión europea, COM (2010)0608final.

43 Parlamento Europeo, Mercado Único Digital, <https://www.europarl.europa.eu/>.

44 COM (2012)0573final.

45 Cit., Parlamento europeo, “Mercado...”.

46 Comisión europea, COM (2011)942final.

47 Comisión europea, COM (2015)0192final.

48 COM (2015)0192final, p.16.

49 Ibid not.48, p.16.

50 BOEV. (I.), “Le nouveau règlement : un 5ème principe de libre circulation ?”, *Dalloz IP/IT* 2020 p.223.

51 Reglamento (UE) 2016 / 679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

El segundo es el relativo a la libertad de circulación de los datos no personales⁵². Ya en la propuesta de este último reglamento, la Comisión europea ponía de manifiesto que el nuevo marco legislativo será un complemento a: *“las disposiciones de la Directiva ISP.”*⁵³

Hay que referirse al RGPD dado que tiene un gran interés en relación con la definición de los datos personales, y facilitará la comprensión del lector al respecto de la noción de dato abierto. Según el artículo 4.1 del RGPD se define como dato personal: *“toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”*.

Se destaca de esta definición que la noción de dato abierto es mucho más amplia que la noción de dato personal. Esto está confirmado por el considerando 16 de la Directiva 2019/1024/UE: *“por datos abiertos se entiende en general los datos que puede utilizar, reutilizar y compartir libremente cualquier persona con cualquier fin”*. Ahora bien, tiene que recordarse que el RGPD tendrá que respetarse cuando se desarrollen políticas de Open Data, tal como lo confirma la Directiva 2019/1024/UE en el artículo 1.4⁵⁴.

En particular, al respecto del marco normativo europeo del Open Data, la Comisión europea ponía de manifiesto, ya en 2011, la necesidad de revisar el texto de la Directiva de 2003/98/CE, específicamente a la vista de la fragmentación normativa en este ámbito: *“Despite the minimum harmonization in 2003 through the Directive on the re-use of public sector information, significant differences in national rules and practices persist”*⁵⁵. Este marco legislativo ha sido modificado por la Directiva 2013/37/UE⁵⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013. Finalmente, en una comunicación de 2017⁵⁷, la Comisión europea manifestó su voluntad de llevar a cabo una modificación de la Directiva 2003/98/CE consolidada, manteniendo este mismo objetivo de desarrollar la economía de los datos en la UE⁵⁸. De hecho, se lanzó el proceso, con una consultación entre junio 2017 y enero de 2018⁵⁹. Con estos resultados y con una evaluación de impacto, la Comisión europea propuso el 25 de abril 2018 una propuesta de directiva.

52 Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

53 Comisión europea, COM (2018)234final, p.2.

54 Directiva 2019/1024, art.1.4: *“La presente Directiva se entiende sin perjuicio del Derecho nacional y de la Unión relativas a la protección de datos personales, en particular del Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE, así como de las disposiciones correspondientes de Derecho nacional”*.

55 Cit., Comisión europea, COM (2011)882 final p.7.

56 Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público.

57 Cit., Comisión COM (2017)228 final.

58 Cit., Comisión COM (2017)228 final, para 3.2, p.14.

59 Synopsis report of the public consultation on the revision of the Directive on the reuse of public sector information. <https://ec.europa.eu/>.

B - LOS BENEFICIOS RELATIVOS A LA APERTURA Y A LA ACCESIBILIDAD DE LOS DATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL ACERCAMIENTO DEL CIUDADANO HACIA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Una verdadera y efectiva política de Open Data permite - aparte de reforzar la transparencia de la acción pública - mejorar las condiciones sociales. Un elemento central que hay que poner de manifiesto, es el vínculo entre Open Data e innovación, dado que los datos abiertos pueden ser utilizados por parte de las empresas, así como con otras administraciones o entidades públicas. El dato abierto podrá ser empleado para otros fines además de por el que ha sido inicialmente tratado. Por ejemplo, en el sector de la sanidad, los datos abiertos que no son por regla general datos personales, pueden favorecer el avance en la lucha contra ciertas enfermedades. En relación con la crisis del COVID 19, puede parecer oportuno hacer una pequeña referencia a la oportunidad de tener acceso a importantes juegos de datos relativos a las infecciones producidas por este virus a nivel mundial, con el fin de poder adaptar las políticas sanitarias. De modo ilustrativo, el sitio web “data.gouv.fr”⁶⁰ referencia juegos de datos utilizados por el sitio web “coronavirus.politologue”⁶¹ donde están disponibles entre otras informaciones, el número de casos, el de fallecidos y el de curados. Estos datos proceden de la carta dedicada a la infección realizada por “The Johns Hopkins University”⁶². Se da igualmente acceso a una página que recoge informaciones diarias sobre el estado de la infección en Francia⁶³. El interés aquí recae en el hecho de que estos datos – consolidados - pueden ser reutilizados de manera libre⁶⁴.

El Open Data ha sido un vector de información relativo al entendimiento de la “propagación del Covid 19”⁶⁵. Es un hecho importante para la investigación e igualmente para potenciar la participación ciudadana. Para ejemplificar, se puede mencionar una iniciativa en Suiza donde la “Haute Ecole spécialisée Bernoise” y “Midata” han desarrollado una aplicación – Corona Science – en la que son los ciudadanos los que facilitan informaciones relativas al Covid-19. Se preguntan cosas como “la salud psíquica, o bien el estrés generado por el confinamiento”⁶⁶. Luego, “estos datos (originalmente personales) son puestos a disposición de manera anonimizada y agregada de acuerdo con los principios del Open Data”⁶⁷. Este contexto relativo a la pandemia pone de manifiesto los desafíos políticos y científicos que giran en torno a la disponibilidad de datos del sector público.

60 DataGouv.fr, Coronavirus (Covid19) - Évolution par pays dans le monde (maj quotidienne), <https://www.data.gouv.fr/>.

61 Politologue.com, Derniers chiffres du Coronavirus (Covid19) : <https://coronavirus.politologue.com/>.

62 The Johns Hopkins University, COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU), <https://gisanddata.maps.arcgis.com/>.

63 Covid-19 – France, <https://dashboard.covid19.data.gouv.fr/>.

64 Etalab, Covid19-Dashboard, <https://github.com/etalab/covid19-dashboard>.

65 Erwan Alix, “Coronavirus. L’Open data, alliée essentielle dans la lutte contre le Covid-19”, Ouest France, 9 avril 2020, <https://www.ouest-france.fr/>.

66 Steven Wagner, L’App suisse Corona Science mise sur l’open data pour lutter contre l’épidémie, ICT Journal, <https://www.ictjournal.ch/>.

67 Cit., Wagner “L’App suisse Corona...”.

En el área de las telecomunicaciones, el Open Data ha servido para desarrollar muchas aplicaciones. Puede mencionarse como ejemplo característico el del GPS. De hecho, tal como lo subrayó el gobierno australiano en 2016 en un estudio sobre el Open Data: *“a related benefit was realized when the US Government released GPS (global positioning system) in the 1980s”*⁶⁸, lo que influyó en muchos sectores de actividad, de la agricultura a las telecomunicaciones, en el que se desarrollaron nuevos aparatos destinados al gran público.

En relación con lo que ha sido abordado anteriormente, un elemento de máxima importancia en el estudio del Open Data es el de la transparencia administrativa que irriga todas las políticas de este tema. Primero, en cuanto a la definición del concepto, Fanny Grabias, profesora de derecho francés, en un artículo sobre el principio de transparencia administrativa, pone de manifiesto que la transparencia significaba antes solamente informar o comunicar *“con el objetivo de la democratización”*⁶⁹. En materia de Open Data, según dicha autora, la transparencia puede revertir en dos aspectos, a saber, el del acceso a las informaciones públicas y el de la accesibilidad a dichas informaciones⁷⁰. Además, aunque no sea parte de este estudio, cabe evocar, la existencia de un debate que versa sobre el reconocimiento de este principio como un verdadero principio del derecho con fuerza ejecutiva. Cabe mencionar el estudio anual del año 2017⁷¹ del Conseil d’État francés en el que parece inclinarse más por el reconocimiento del principio de lealtad que abarcaría el de transparencia, mediante el ejemplo de la accesibilidad a los procesos algorítmicos : *“Le principe de loyauté, qui figure au demeurant déjà dans certains dispositifs juridiques, comme la loi française pour une République numérique (article 52), repose sur l’analyse selon laquelle en l’état, la restitution dans un langage clair et compréhensible par les humains, y compris par les concepteurs de ces robots et donc a fortiori par les citoyens et les pouvoirs publics, est devenue dans bien des cas impossible (...). L’affirmation d’un principe de transparence des algorithmes n’a donc plus véritablement de sens”*⁷².

Ahora, en cuanto a los objetivos que quieren alcanzarse con este principio de transparencia, la UNESCO resalta que: *“la búsqueda y recepción de informaciones por parte de los ciudadanos sobre las actividades de los Estados o Gobiernos persigue, como objetivo básico, lograr la transparencia democrática y el control sobre el mandato colectivo que el pueblo soberano otorga al gobernante electo mediante el voto universal. De igual forma, el acceso libre a la información pública también pretende que la información y el conocimiento pueden estar al alcance de todos los ciudadanos sin discriminación”*⁷³. El Conseil Économique et Social francés en un notable estudio sobre el Open Data,

68 Australian Government, Bureau of Communication Research, Open Government data and why it matters, a critical review on the economic impact of open government data, February 2016. <https://www.communications.gov.au/>.

69 GRABIAS. (F.), “La transparence administrative, un nouveau principe ?”, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, Hebdomadaire n°50, 17 décembre 2018, ISSN 1637-5114, p.2339.

70 Cit., Grabias., “La transparence administrative...”, p.2340.

71 Conseil d’État, Etude annuelle de 2017, “Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l’« upérisation””, 13 juillet 2017, [var/storage/rapports-publics/174000714.pdf](http://www.conseil-etat.fr/var/storage/rapports-publics/174000714.pdf)

72 Cit., Conseil d’État., “Étude annuelle de 2017...”, p.115-116.

73 FUENMAYOR (E.A.), “El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública”, UNESCO, 2004, <http://portal.unesco.org/>.

subraya que: *“les différents outils mis désormais à la disposition des citoyens ouvrent de nouvelles opportunités d’implication des citoyens dans les processus de décision des pouvoirs publics et des collectivités territoriales”*⁷⁴. Se refiere al hecho de que, en una sociedad en la que los datos forman parte del día a día de los ciudadanos, el Open Data *“peut avoir un effet positif sur la compréhension que les citoyens ont de ce qu’est l’État et de ce qu’il fait”*⁷⁵. **Por lo tanto, reforzar la transparencia administrativa es uno de los objetivos del Open Data para fomentar la participación ciudadana.** De hecho, al conocer más sobre las actividades de la administración pública, los ciudadanos pueden ejercer un control sobre esta actividad, así como beneficiarse de aquellos datos públicos abiertos, lo que puede, al fin y al cabo, fomentar la innovación. Al respecto de este control ciudadano, podemos hablar de la existencia de una verdadera **accountability vertical**.

Ahora bien, la búsqueda de transparencia, noción polimorfa y de delimitación no ágil, puede ser invocada en diferentes situaciones, y, por lo tanto, puede abarcar diferentes realidades. Esta situación puede afectar a la operatividad del Open Data dado que, con la búsqueda de transparencia, las administraciones pueden no todas pretender los mismos objetivos. Además, la operatividad del Open Data puede ser igualmente menoscabada con el desarrollo de nuevas tecnologías y plataformas para poner a disposición juegos de datos abiertos. De hecho, como recalca el *Conseil Économique et Social*: *“l’appropriation (...) des moyens est inégale, si bien que certains citoyens peuvent être exclus ou certains peuvent être plus ou moins écartés de ces processus”*⁷⁶. La exclusión puede resultar de la insuficiencia desmaterialización de las administraciones públicas y de la complejidad de utilización de las herramientas online. Conviene observar que estos límites operativos, fueron destacados por el defensor del pueblo francés en un informe de enero de 2019⁷⁷. En él, se subrayaron las grandes problemáticas: la conexión a internet y el acceso a los aparatos informáticos, la existencia de zonas blancas o grises, y las malas concepciones de las plataformas⁷⁸. Ahora bien, Jacques Toubon observa que: *“un service public desmaterializado sigue siendo un servicio público”* y que las *“políticas públicas de desmaterialización deben siempre respetar los principios fundamentales del servicio público: adaptabilidad, continuidad, igualdad ante el servicio público”*⁷⁹.

Además, no todas las administraciones tienen el mismo grado de desarrollo de sus herramientas. Por ejemplo, en Francia en un informe del Senado de 2014⁸⁰, se evoca la *“inercia persistente”* de administraciones en cuanto a la apertura de los datos abiertos. Los principales puntos discutidos versaban primero en la desmultiplicación de los portales, lo que no facilita el acceso a los ciudadanos. Segundo, en los formatos utilizados para liberar los datos y con la necesidad, a veces, de utilizar herramientas no gratuitas, es decir de *software* específicos, lo que puede afectar en el carácter

74 Cit., Avis du Conseil économique et Social, “Les données numériques ...”, p.31.

75 Ibid. not.74.

76 Ibid. not.74.

77 TOUBON. (J.), Dématérialisation et inégalités d’accès aux services publics, 2019, <https://www.defenseurdesdroits.fr/>

78 Cit., TOUBON., “Dématérialisation...”, p.19 a 21.

79 Cit., TOUBON., “Dématérialisation...”, p.5 (traducción personal).

80 BOUCHOUX. (C.), “Rapport au nom de la mission commune d’information sur l’accès aux documents administratifs et aux données publiques”, Sénat, n° 589 tome I (2013-2014), 5 juin 2014 <https://www.senat.fr/>.

gratuito del acceso y tercero la existencia de problemas didácticos en relación con aspectos técnicos tales como formatos de los datos y los métodos de utilización.

Tras haber presentado los fines de las políticas de open data, conviene ahora interesarse al régimen normativo europeo, francés, y español con el fin de entender cómo se regula la apertura de los datos de la administración.

II - ESTUDIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL OPEN DATA Y DE SU DESARROLLO PRÁCTICO

El régimen jurídico del Open Data está marcado por una profusión normativa, procedentes de diversas fuentes. Así, cabe presentar primero el marco regulatorio europeo (A), para luego evocar los principales aspectos de los marcos normativos franceses y españoles (B). Finalmente se proporcionará dos ejemplos prácticos de apertura de las informaciones en los ayuntamientos de Barcelona y Toulouse (C).

A- LA LENTA CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO LEGISLATIVO A NIVEL EUROPEO EN MATERIA DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

Puede decirse que el marco legislativo europeo ha evolucionado y reforzado a lo largo de los años. Mencionaré algunas normas que favorecerán el entendimiento de este estudio y que destacan la aprehensión de este fenómeno a escala europea. Primero, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) no recoge explícitamente un derecho relativo al acceso a la información pública, pero la jurisprudencia ha ido reconociendo tal derecho a partir de lo dispuesto en el artículo 10⁸¹. Conviene aquí mencionar para el interés de este estudio una sentencia reciente en el caso Magyar Helsinki⁸² en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) afirmaba en el párrafo 149: *“eu égard à ce qui précède, la Cour estime que rien ne l’empêche d’interpréter l’article 10 § 1 de la Convention comme incluant un droit d’accès à l’information.”*. Además, en el marco del Consejo de Europa puede hacerse referencia al Convenio 205⁸³ sobre el acceso a los documentos públicos cuya firma es posible desde el 18 de junio de 2009, *“devino un estándar pionero al nivel europeo”*⁸⁴ afirma un principio de gran fuerza a saber que: *“todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos”*⁸⁵.

81 SUBIRANA DE LA CRUZ. (S.) “Open Government: transparencia administrativa, derecho de acceso a la información pública, “open data” y reutilización de la información del sector público. Especial referencia al Ordenamiento Jurídico Europeo, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2016, parte Estudios. Estima que es a partir del año 2006 que ha habido un cambio en la jurisprudencia.

82 TEDH Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, 8 de noviembre de 2016.

83 Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, 18 de junio de 2019.

84 Cit., SUBIRANA DE LA CRUZ., “Open Government...”.

85 Cit., Convenio 205, preámbulo.

En el derecho primario, la toma en consideración de esta necesidad se hizo paso a paso. En el Tratado de Maastricht, podemos hacer referencia a la declaración n°17. En el tratado de Ámsterdam, se incluye en el artículo 255 y en la declaración n°41. Se dio un gran paso adelante con la redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁶ (en adelante CDFUE). De hecho, el artículo 42 establece como derecho fundamental el acceso a los documentos. Dispone que: *“todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.”* Para terminar, con la última reforma del derecho primario de la UE que tuvo lugar con el Tratado de Lisboa, se fundamentó la idea de **apertura** que se destaca en el artículo 15 TFUE, aunque esté enfocado en las instituciones europeas. Conviene observar que el párrafo 1 del artículo consagra la idea según la cual el principio de apertura tiene que guiar la acción de *“las instituciones, órganos y organismos de la Unión”* con el fin *“de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil”*. Se consagra así la idea de acercamiento a los ciudadanos. Antes de analizar las normas de derecho derivado, conviene mencionar lo dispuesto en el artículo 298.1 TFUE relativo al cumplimiento de las funciones de las instituciones europeas: *“en el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente”*.

En cuanto al acceso a los documentos de las instituciones europeas, cabe destacar el Reglamento 1049/2001⁸⁷ de 30 de mayo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Igualmente conviene observar que la Comisión Europea adoptó una decisión (2011/833/UE)⁸⁸ con el objetivo de favorecer la apertura de sus datos tanto hacia los ciudadanos como hacia otras instituciones de la UE, cuyo objeto es, según el artículo 1, establecer *“las condiciones de reutilización de los documentos que posee la Comisión (...)”*. Puede destacarse que el principio general que rige la actuación de la Comisión europea en la materia es el de la disponibilidad de todos los documentos para su reutilización, como lo confirma el artículo 4.

B- EL MARCO LEGISLATIVO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE OPEN DATA: DE LA DIRECTIVA 2003/98/CE A LA REFORMA CLAVE DE 2019

El primer acto legislativo desarrollado en el seno de la UE⁸⁹ fue la directiva 2003/98/CE que permitió, sobre todo, poner en marcha **un movimiento de ampliación de la accesibilidad de los datos de los servicios públicos**. Este corpus legislativo resultaba necesario porque existía una disparidad

86 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), 18 de diciembre de 2000.

87 Reglamento (CE) n°1049/2001 de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

88 Comisión europea, Decisión de la Comisión (2011/833/UE) de 12 diciembre 2011 relativa a la reutilización de los documentos de la Comisión.

89 TERESI. (L.), “L’open data et le droit de l’Union européenne”, AJDA 2016, p.87.

normativa entre los Estados miembros. Era una directiva de mínimos⁹⁰ y desarrollaba *“un conjunto mínimo de normas que regulen la reutilización (...) de los documentos existentes conservados por organismos públicos”*⁹¹. Esta directiva demostraba una escasa ambición de parte de la Comisión europea, tal y como se destaca en los términos del artículo 3, que enuncia sus principios generales⁹². Lo que ha de entenderse es que esta directiva fue la primera piedra del edificio normativo europeo del Open Data, operando con precaución con los Estados miembros, como se destaca del término *“velarán”*. En particular, cabe acordarse que se establece un principio de máxima importancia que es el de no discriminación en cuanto a las condiciones de reutilización de documentos.

Esta directiva preveía las primeras reglas relativas al acceso a las informaciones del sector público. En su capítulo II, las solicitudes de reutilización, y en el capítulo III, las condiciones para una reutilización con fines comerciales o no. Ello, en adecuación con el principio general establecido por el artículo 3. Era necesario un acto positivo del usuario del servicio público con el fin de poder reutilizar los documentos. Este texto fijaba las reglas relativas a los formatos disponibles, autorizaba la tarificación cuando era necesaria para la entrega y la reutilización⁹³, es decir que no podía: *“superar el coste de recogida, producción, reproducción y difusión (...)”*.

Un primer límite fue señalado por el G29 al mencionar que: *“the issue of whether to make data available for reissue was essentially optional”*⁹⁴. Lo que produjo que los sujetos obligados por esta directiva no facilitaron suficientes datos para su reuso. Además, debe observarse que esta directiva no ha tenido la misma acogida en todos los países de la UE⁹⁵. Se sobreentiende este elemento en el considerando 3 de la exposición de motivos de la directiva 2013/37/EU. De hecho, se menciona que para conseguir los objetivos vinculados a la apertura de las informaciones *“es preciso garantizar, en lo que respecta a la oportunidad de autorizar o no la reutilización de documentos, una igualdad de condiciones en toda la Unión (...)”*. Así, existía una disparidad normativa creada por el diferente grado de acogimiento en los Estados miembros de la UE que podía menoscabar el buen desarrollo de la economía de los datos. Demasiado margen de apreciación fue puesto en manos de los Estados: *“la directiva 2003/98/CE no incluye obligación alguna respecto del acceso a los documentos ni obliga a autorizar la reutilización de documentos”*⁹⁶.

Viendo las críticas dirigidas en contra de la Directiva de 2003, una nueva, 2013/37/EU adoptada el

90 Conviene destacar que existen diversos tipos de directivas, así pues, cuando se trata de una directiva de mínimo, esto demuestra una voluntad de armonización reducida por parte de la Comisión europea. Al contrario, por ejemplo, en derecho del consumo, tenemos directivas de armonización total o máxima.

91 Directiva 2003/98/CE, art.1.1.

92 Directiva 2003/98/CE, art.3: *“Los Estados miembros velarán por que, cuando se autorice la reutilización de documentos conservados por organismos del sector público, dichos documentos puedan ser reutilizados para fines comerciales o no comerciales de conformidad con las condiciones expuestas en los capítulos III y IV. En la medida de lo posible, los documentos se pondrán a disposición del público por medios electrónicos”*.

93 Directiva 2003/98/CE, art.6.

94 G29, “Opinion 6/2013 on open data and public sector information (PSI) reuse”, Working Paper 207, p.2 <https://ec.europa.eu/>.

95 JANSSEN. (K.), “The influence of the PSI directive on open government data: an overview of recent developments”, Government Information Quarterly, 28(4), 2011, p.446-456.

96 Directiva 2013/37/EU, considerando 7.

26 de junio de 2013, consolidó la primera. Esta nueva directiva amplió el ámbito de aplicación de la de 2003, procedió a la especificación de sus definiciones (por ejemplo, el de formato legible) y modificó varias disposiciones tales como las relativas al formato disponible, a los principios de tarificación y a las licencias con el fin de fomentar la reutilización.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva consolidada, se inició un proceso de revisión de la de 2003. Se organizó un periodo de consultas entre junio de 2017 y enero de 2018⁹⁷. Los resultados desatacaron que la revisión de 2013 había mejorado la eficacia de la accesibilidad a los datos del sector público; siendo todavía existentes las barreras transfronterizas. Se reconoció igualmente su pertinencia y coherencia. En cuanto a este punto, se puso de manifiesto una inquietud relativa al derecho *sui generis* sobre las bases de datos debido al hecho de que los organismos públicos podían utilizarlo para restringir la aplicabilidad de las normas de acceso y reutilización de la ISP⁹⁸. Además, se destacó de la consulta, que podría haber obstáculos a la reutilización transfronteriza viendo que: *“las prácticas nacionales son a veces diferentes e igualmente “proteccionistas al respecto de los datos””*⁹⁹. Por su parte, la evaluación de impacto¹⁰⁰ destacó cuatro áreas en las que puede haber mejoras, y que siguen de acuerdo a los resultados y sugerencias de la consulta. Se relacionan primero con los datos dinámicos y su necesidad de tener un acceso en tiempo real. Subraya que: *“using adequate technical means (...) is rare”*¹⁰¹. Segundo, propone una clarificación de las reglas en materia de tarifas a la vista de la presencia de *“sobrecargos para la reutilización de datos del sector público”*¹⁰² lo que puede afectar a las pequeñas y medianas empresas. Tercero, se considera que una extensión del ámbito de aplicación de la directiva podría ser oportuno para los: *“data generated by utilities and transport sectors (...) The same is true for research data funding resulting from public funding”*¹⁰³. Cuarto, en materia de acuerdos exclusivos entre entes públicos y privados, se evalúa la necesidad de introducir: *“transparency requirements (...) (prior check, possibly by national competition authorities, and openness of the actual agreement)”*¹⁰⁴.

El 25 de abril de 2018, la Comisión europea presentó una propuesta de revisión de la directiva¹⁰⁵. Ésta propuesta tenía como base jurídica el artículo 114 TFUE, y constituyó un nuevo paso para lograr: *“la plena disponibilidad de la ISP para su reutilización”*¹⁰⁶. El Supervisor Europeo de Protección de Datos emitió una opinión¹⁰⁷ al respecto de dicha propuesta. La acogió igualmente con entusiasmo

97 Comisión europea, Synopsis report of the public consultation on the revision of the Directive on the reuse of public sector information, 25 April 2018.

98 Ibid not.97, p.4

99 Ibid not.97, p.4.

100 Comisión europea, SWD (2018) 128 final, Executive Summary of the Impact Assessment.

101 Ibid not.100, p.2.

102 Ibid not.100, p.2.

103 Ibid not.100, p.2.

104 Ibid not.100, p.2.

105 Comisión europea, COM (2018)234final.

106 Cit., Comisión europea, Synopsis report, p.5.

107 European Data Protection Supervisor, “Opinion 5/2018, on the proposal for a recast of the public sector information (PIS) re-use Directive”, 10 July 2018, <https://edps.europa.eu/>.

porque tenía el objetivo de *“increase the amount of public sector data available for re-use”*¹⁰⁸, tenía en cuenta las necesidades de las pequeñas y medianas empresas *“by granting fairer competition and an easier access to markets, together with the enhancement of cross-border innovation”*¹⁰⁹. Acogió también de manera positiva la inclusión dentro de las tarifas de los costes de anonimización, pero mencionó la necesidad de una mayor precisión en cuanto a los entes que podían beneficiarse. Sugirió: *“to allow every organization falling within the scope of the Proposal to charge costs of anonymizing the information”*¹¹⁰. Ahora bien, apuntó que el texto podría ser más preciso al respecto de las referencias con el RGPD, como, por ejemplo, en cuanto a la definición de dato personal y de facilitar el uso de evaluaciones de impacto: *“for specific sectors dealing with sensitive data, such as the health sector, on which the licensor should base its decision and consequently take into account the conditions for re-use”*¹¹¹.

La Directiva 2019/1024/UE¹¹², que reemplaza de manera integral la Directiva 2003/98/CE, fue adoptada el 20 de junio de 2019, entró en vigor el 16 de julio de 2019 y entrará en aplicación el 16 de julio de 2021 (fecha límite para la transposición de dicha directiva por los Estados miembros). Mediante este texto, se realiza una refundición del marco legislativo con un objetivo de claridad, y con motivo de permitir una mejor reutilización de las informaciones del sector público, visto del mismo modo, *“los avances en las tecnologías digitales y estimular aún más la innovación digital, en especial en lo que respecta a la inteligencia artificial”*¹¹³. Así, considerando la inmensa utilización de datos: *“las normas originales de 2004 y modificadas están desfasadas con respecto a estos rápidos cambios, y como, consecuencia de ello, pueden perderse las oportunidades económicas y sociales que ofrece la reutilización de los datos públicos”*¹¹⁴. Por lo tanto, era necesaria una actuación a nivel europeo con el fin de impedir unas discrepancias entre las diferentes legislaciones de los Estados miembros. Ya en el considerando 4, la directiva establecía los principales cambios que son semejantes a los mencionados arriba en los puntos clave de la evaluación de impacto, y que van a desarrollarse a continuación.

Tiene que destacarse primero que se trata de una directiva de mínimos. El artículo primero define de manera rigurosa el ámbito de aplicación estableciendo una lista de documentos cuyo objeto cabe dentro de su ámbito de aplicación. Esta directiva se ilustra por haber incluido dentro de su ámbito de aplicación las empresas públicas, sin embargo, tal como lo establece el apartado segundo del artículo 1 en su punto b):

La presente directiva no se aplicará a los documentos conservados por las empresas

108 Cit., EDPS, “Opinion 5/2018”, p.5.

109 Cit., EDPS, “Opinion 5/2018”, p.6.

110 Cit., EDPS, “Opinion 5/2018”, p.9.

111 Cit., EDPS, “Opinion 5/2018”, p.11.

112 Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

113 Directiva 2019/1024/UE, considerando 3.

114 Directiva 2019/1024/UE, considerando 10.

publicas producidos fuera del ámbito de la prestación de servicios de interés general, según se defina en la legislación o en otras normas de obligado cumplimiento del Estado miembro (i), relativos a actividades sometidas directamente a la competencia y por tanto conforme al artículo 34 de la Directiva 2014/25/UE, no sujetas a las normas de contratación.

No obstante, se destaca del considerando 19 una ausencia de claridad en comparación con el régimen jurídico antiguo, en relación con el régimen jurídico aplicable a las empresas privadas que prestan un servicio de interés general¹¹⁵. Además, cabe destacar con respecto a nuestro estudio que la directiva no se aplicará según el artículo 1.2.c a los: *“documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual por parte de terceros”*. Se mantiene igualmente la exclusión del ámbito de aplicación, con la precisión de las bibliotecas universitarias, para los *“documentos conservados por instituciones culturales que no sean bibliotecas, incluidas las universitarias, museos y archivos”*. Por su parte, el artículo 1.2.h) establece un régimen protector para los documentos *“por motivos de protección de datos personales”*.

De conformidad con el artículo 3, el favorecimiento de la reutilización de los documentos es el principio general. De hecho: *“los Estados miembros velarán por que los documentos a los que se aplica la presente directiva, de conformidad con el artículo 1, puedan ser reutilizados para fines comerciales o no comerciales”*. El párrafo segundo de dicho artículo 3, pone de manifiesto el gran interés en la accesibilidad y la reutilización de los documentos de *“las bibliotecas, incluidas las universitarias, los museos y los archivos”* así como *“los documentos que obren en poder de las empresas públicas”* con el necesario balance con los derechos de propiedad intelectual. En relación con la reutilización, según el artículo 8.1: *“no estará sujeta a condiciones, a menos que sean objetivas proporcionadas, no discriminatorias y estén justificadas por un objetivo de interés público”*. Cuando existen condiciones según dicho artículo: *“no restringirán sin necesidad las posibilidades de reutilización y no se usarán para restringir la competencia”*.

Es necesario mencionar lo dispuesto en cuanto a los formatos disponibles porque puede influir en la reutilización de los documentos. Así, según el artículo 5.1: *“los organismos del sector público y las empresas publicas facilitarán sus documentos en cualquier formato o lengua en que existan y, siempre que sea posible y apropiado, por medios electrónicos, en formas o formatos que sean abiertos, legible por máquina, accesibles, fáciles de localizar y reutilizables conjuntamente con sus metadatos. Tanto el formato como los metadatos cumplirán cuando sea posible, normas formales abiertas”*. Cabe decir que se afirma igualmente un principio de mayor transcendencia visto su potencial efectividad práctica siendo el principio de *“documentos abiertos desde el diseño y por defecto”*.

Otro punto de interés, viendo la potencialidad de estos datos para la economía es la regulación de

115 Petel. (A.), “Le nouveau régime européen de la réutilisation des informations publiques, *Revue Lamy Droit de l’Immatériel*, N° 165, 1er décembre 2019.

los **datos dinámicos**¹¹⁶ dado que el artículo 5.5 prevé que: *“los organismos del sector público pondrán a disposición datos dinámicos para su reutilización inmediatamente después de su recopilación a través de las API adecuadas y cuando proceda en forma de descarga masiva”*. Esta obligación se debe cumplir de manera proporcionada y razonada en función de las capacidades financieras del organismo público. Se añade la obligación de poner a disposición aquellos datos *“en un plazo o con restricciones técnicas temporales que no perjudiquen indebidamente la explotación de su potencial económico y social”*.

En cuanto al tratamiento de solicitudes de reutilización, se *“tramitarán por medios electrónicos cuando resulte posible y oportuno”*, según el artículo 4.1. Además, se definen de manera pormenorizada en el artículo 4.6 las entidades no sujetas a dichas reglas, es decir: *“las empresas públicas, los centros de enseñanza, organizaciones que realizan actividades de investigación y organizaciones que financian la investigación”*.

Se enuncia de manera específica en el artículo 6 un principio general según el cual: *“la reutilización de documentos será gratuita”*. Además, se persigue la consagración del principio de tarificación a costes marginales dado que se especifica cuáles son los costes que pueden incluirse dentro de los costes marginales en comparación con la Directiva de 2003. Así, según el artículo 6.1 son los necesarios para: *“la reproducción, puesta a disposición y difusión de los documentos, así como la anonimización de datos personales, y las medidas adoptadas para proteger la información comercial confidencial”*. Es interesante darse cuenta de que ahora entran en los costes marginales los relativos a la anonimización de los datos personales, lo que demuestra la voluntad de protección máxima de los contenidos en los documentos. Además, desaparece del ámbito de las excepciones de este principio, el caso del artículo 6.2.b) de la Directiva de 2003 relativo a *“los documentos para los cuales se exija a los organismos del sector público que generen ingresos suficientes para cubrir una parte sustancial de los costes de recogida, producción, reproducción y difusión de los documentos”*. Con esta exclusión se favorecerá una reutilización más intensiva de aquellos documentos. Hay que añadir que, cuando se recurre a una tarifa, el artículo 7 establece reglas de transparencia con el objetivo de informar correctamente sobre las condiciones de la reutilización y así evitar sobrecargas.

Una disposición específica y de máximo interés se ocupa de los datos de investigación. El artículo 10 se dedica a uno de los objetivos de este texto que es el de facilitar la reutilización de los datos de investigación y especialmente los financiados por fondos públicos, lo que la Directiva considera como: *“algo crucial y urgente”*¹¹⁷. Así, el legislador europeo encarga los Estados miembros de: *“apoyar la disponibilidad de los datos investigación mediante la adopción de políticas nacionales y actuaciones pertinentes destinadas a hacer que los datos de la investigación financiada públicamente sean plenamente accesibles en aplicación del principio de apertura por defecto y de compatibilidad*

¹¹⁶ Directiva 2019/1024/UE, art.2.8: *“documentos en formato digital sujetos a actualizaciones frecuentes o en tiempo real debido en particular a su volatilidad o rápida obsolescencia, los datos generados por sensores suelen considerarse datos dinámicos”*.

¹¹⁷ Directiva 2019/1024/UE, considerando 27.

con los principios FAIR". Estas políticas tendrán por destinatarios *"las organizaciones que realizan actividades de investigación y a las organizaciones que financian la investigación"* según el artículo 10.1.

En cuanto a la reutilización de los documentos, cabe añadir que el artículo 11 de la directiva afirma el principio de no discriminación en relación con las condiciones de reutilización *"para categorías comparables de reutilización incluso la reutilización transfronteriza"*¹¹⁸. Afirma igualmente en el párrafo segundo que *"un organismo del sector público (que) reutiliza los documentos como parte de sus actividades comerciales ajenas a su misión de servicio público deberán aplicarse a la entrega de documentos para dichas actividades las mismas tarifas y condiciones que se apliquen a los demás usuarios"*. Esta disposición tiene por objetivo asegurarse que el organismo no se enriquece. El artículo 12, por su parte, se ocupa de la cuestión de los acuerdos exclusivos, estableciendo el principio según el que la: *"reutilización estará abierta a todos los agentes potenciales del mercado"*. Cabe decir que se prohíben derechos exclusivos en el artículo 12.1 que dispone que: *"los contratos o acuerdos de otro tipo entre los organismos del sector público o empresas públicas que estén en posesión de los documentos y los terceros no otorgaran derechos exclusivos"*. Ahora bien, el párrafo segundo establece una primera excepción, estos derechos exclusivos estarán permitidos si son necesarios *"para la prestación de un servicio de interés público"*. Pero no es un cheque en blanco dado que *"deberá reconsiderarse periódicamente, y en todo caso cada tres años, la validez del motivo que justifico la concesión del derecho exclusivo"*. Finalmente, se establece un régimen jurídico específico para la digitalización de los recursos culturales. Se establece primero en el último apartado del artículo 12.2, que lo dispuesto en el párrafo segundo no se aplicará a estas situaciones. Y Prevé, segundo, que *"el periodo de exclusividad no será superior por regla general, a diez años"*. Finalmente, el artículo 12.3 prevé la necesaria transparencia de estos acuerdos que *"se pondrán al conocimiento del público"*.

Otro objetivo esencial de la directiva es el de favorecer la accesibilidad y la reutilización de los datos de alto valor. Cabe destacar que se establece un capítulo V con dos artículos dedicados a los datos de alto valor que tienen de acuerdo con el considerando 66: *"importantes beneficios socioeconómicos pues tiene un valor especialmente elevado para la economía y la sociedad"*. Una lista presente en el anexo 1 establece categorías temáticas de conjuntos de datos de alto valor - geoespacial, observación de la Tierra y medio ambiente, meteorología, estadística, sociedades y propiedad de sociedades, movilidad¹¹⁹. Dicha lista no es exhaustiva dado que puede ser modificada por la Comisión europea mediante actos delegados según lo establecido en el artículo 13, pero refleja una preocupación particular por los datos que permiten *"avances tecnológicos y de mercado"*¹²⁰.

La reutilización de los datos de alto valor respetará los principios básicos resaltados en el artículo

¹¹⁸ Directiva 2019/1024/UE, art.11.1.

¹¹⁹ Directiva 2019/1024/UE, anexo I.

¹²⁰ Directiva 2019/1024/UE, art.13.2.

14. De conformidad con el artículo 14.1, tendrán que estar “*disponibles gratuitamente*” (salvo excepciones), deberán “*ser legibles por máquina*”, tendrán que “*suministrarse a través de API*” y se “*proporcionarán en forma de descarga masiva*”. Los conjuntos de datos serán definidos, mediante actos de ejecución de la Comisión europea de conformidad con el párrafo 1¹²¹, y a la vista “*de su potencial para generar beneficios socioeconómicos o medioambientales importantes y servicios innovadores, beneficiar a un gran número de usuarios, en concreto pymes, contribuir a generar ingresos y ser combinados con otros conjuntos de datos*”¹²². La primera excepción en cuanto a la disponibilidad gratuita de los datos de alto valor se refiere a “*conjuntos de datos específicos que obren en poder empresas públicas, cuando el hecho de poner a disposición dichos conjuntos de datos de manera gratuita pudiera provocar una distorsión de la competencia en los mercados correspondientes*” así como a las “*bibliotecas, incluidas las universitarias, los museos y los archivos*”. Dicho límite podrá igualmente aplicarse a los organismos del sector público “*a los que se exige generar ingresos para sufragar una parte importante de sus costes relativos a la realización de sus misiones de servicio público*”, según el artículo 14.5, en el caso en el cual la puesta a disposición gratuita menoscabe el presupuesto de este organismo. La posibilidad de no poner a disposición los datos “*no superará dos años a partir de la entrada en vigor del acto de ejecución correspondiente adoptado de conformidad con el apartado 1*”¹²³.

Así pues, esta directiva permite una clarificación del régimen jurídico que se aplicará para los datos abiertos y la reutilización de las informaciones del sector público. Se denota, entre otras cosas, un refuerzo de las exigencias para los titulares de informaciones del sector público, pasando ahora a una lógica verdaderamente positiva donde se quieren aprovechar todas las posibilidades ofrecidas gracias a la reutilización de estos datos, con un enfoque particular en los de máximo interés. Esto cambia profundamente con el marco legislativo de la directiva de 2003, y dará lugar a la creación de un verdadero espacio estratégico a nivel de la UE en materia de Open Data. Al fin y al cabo, la necesaria transposición de esta directiva puede ayudar tanto al legislador español como al francés, a la hora de adaptar los regímenes jurídicos nacionales con una filosofía guiada por la búsqueda de simplificación y efectividad normativa.

C - ANÁLISIS COMPARATIVO DEL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL Y FRANCÉS DEL OPEN DATA

Francia (i) y España (ii) se erigen como países muy avanzados en el movimiento de Open Data teniendo en cuenta el grado de avance de sus marcos normativos, así como desde el punto de vista de las iniciativas de los poderes públicos en la materia.

121 Directiva 2019/1024/UE, art.14.1: mediante: “*una lista de conjuntos de datos específicos de alto valor que se engloben dentro de las categorías que figuran en el anexo I y que obren en poder de organismos del sector público y de empresas públicas entre los documentos a los que se aplica la presente directiva*”.

122 Directiva 2019/1024/UE, art.14.2.

123 Directiva 2019/1024/UE, art. 14.5.

I | ESTUDIO DEL MARCO REGULATORIO FRANCÉS

La ley de 17 de julio de 1978¹²⁴ fue el primer acto legislativo en Francia que define las primeras características del régimen jurídico del Open Data. De hecho, se funda esencialmente en la idea de accesibilidad y no en la de reutilización. Su artículo primero reconoce ciertos principios de máxima importancia: *“le droit de toute personne à l’information est précisé et garanti par les dispositions des chapitres Ier, III et IV du présent titre en ce qui concerne la liberté d’accès aux documents administratifs.”*. De este marco normativo se destaca que no existe una verdadera situación donde podemos hablar de Open Data dado que no se prevé una difusión general, y tampoco la su reutilización. Igualmente, se prevé la institución de una autoridad administrativa denominada *Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos* (en adelante CADA). Al respecto de esta reutilización y antes de la reforma del marco legislativo francés, debido a la transposición de la directiva 2003/98/CE, cabe destacar una intervención remarcada del *Conseil d’État* francés. De hecho, reconoció en 2002 que el derecho al acceso a los documentos de la administración **constituye una libertad pública**: *“considérant que les dispositions susmentionnées, relatives à l’étendue du droit d’accès aux documents administratifs, concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques ; qu’elles portent ainsi sur des matières réservées à la loi par l’article 34 de la Constitution”*¹²⁵.

La ley de 1978 sufrió una primera modificación mediante la transposición en derecho francés de la directiva de 2003 (Ordonnance du 6 juin 2005 y Décret du 30 décembre 2005) y luego por la Ley Valter¹²⁶ del 28 de diciembre de 2015 debido a la transposición de la directiva de 2013. De la ley Valter se destaca una modificación de algunas disposiciones de la de 1978. Entre otros cambios, cabe destacar la modificación del artículo 15 donde se afirma que la reutilización es gratuita y donde se reglamentan las tarifas¹²⁷. En relación con las tarifas y las condiciones de reutilización, el artículo 7 de la Ley Valter que modifica el artículo 17 de la Ley de 1978, establece un principio de transparencia. El artículo 6 de la misma, establece por su parte que cuando se exige el pago de una tarifa, una licencia es mandataria. Además se añade al artículo 10 de la de 1978 un elemento de máxima importancia para la reutilización: *“lorsqu’elles sont mises à disposition sous forme électronique, ces informations le sont si possible, dans un standard ouvert et aisément réutilisable, c’est à dire lisible par une machine”*¹²⁸. Finalmente, cabe destacar que en 2016 el legislador francés procedió mediante una ordenanza de 17 de marzo de 2016 a la codificación de los artículos 10 a 19 y 25 de la Ley CADA lo que tuvo por consecuencia la derogación de esta ley. Ahora, las normas de referencia francesas se encuentran en el Código de Relación entre el Público y la Administración¹²⁹ (en adelante CRPA).

124 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d’amélioration des relations entre l’administration et le public et diverses dispositions d’ordre administratif, social et fiscal.

125 Conseil d’État, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, 228830, publié au recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

126 Loi n°2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

127 Loi n°2015-1779 du 28 décembre 2015 art. 5.

128 Loi n°2015-1779 du 28 décembre 2015 art. 2.

129 Ver PASTOR. (J-M.), “Open data - Numérique et Internet, La Loi CADA est intégralement codifiée”, JAC 2016, n°35, p.7.

En 2016, tuvimos igualmente dos leyes de máxima importancia que demuestran **una voluntad de ir más lejos hacia un Open Data totalmente operativo**. Primero, en la Ley Touraine¹³⁰ se llevó a cabo la apertura de los datos de salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193, pero que no será objeto del estudio. La última ley es la n°2016-1321 del 7 de octubre de 2016: *loi pour une République Numérique*¹³¹ (en adelante LRN). Huelga decir que las disposiciones relativas a la apertura de los datos se enmarcan dentro del capítulo sobre la economía de los datos. Debe observarse que mediante esta ley se quiso crear un servicio público de los datos abiertos que tiene por objetivo poner a disposición ciertos datos que tienen un importante valor económico y social¹³². Cabe decir que esta misma filosofía se denota del nuevo marco legislativo desarrollado por la directiva 2019/1024/UE. Estos datos son denominados *datos de referencia*, y recogidos en la lista del artículo R-321-5 CRPA.

En relación con estos datos de referencia, la administración que lleva a cabo la producción de aquellos datos, tendrá que poner a disposición dichos datos en forma digital o directamente a otra administración que habrá designado¹³³, para que sean reutilizados por los actores privados. Además, con la LRN se amplió el ámbito de aplicación de las obligaciones en materia de Open Data a los “*códigos fuentes*”¹³⁴ y después de una recomendación de la CADA¹³⁵, a los algoritmos que son utilizados para tomar una decisión que concierne los individuos¹³⁶. **De esta ley se resalta la gran voluntad de la administración de favorecer la comunicación mediante medios electrónicos con el fin de ahorrar costes**¹³⁷.

De modo general cabe recordar que la legislación francesa reconoce el derecho de acceso en el artículo L.300-1 CRPA, y el principio de gratuidad en el artículo L.311-9 CRPA, aunque ciertos costes pueden recaer en el administrado¹³⁸ si la comunicación implica un gasto. Igualmente se destaca del artículo L.321-1 CRPA, modificado por la LRN la incentivación a la reutilización de las informaciones de los documentos públicos comunicados o publicados por las administraciones mencionadas en el artículo L.300-2 para otros fines “*que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus*”.

No obstante, el acceso a los datos de la administración no es ilimitado, de hecho, ciertos documentos

130 LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

131 PASTOR. (J.M.), “La République numérique ou l’open data sectoriel”, 25 juillet 2016, Dalloz actualité 25 juillet 2016.

132 Economie.gouv.fr, La Loi pour une République Numérique, 10 juin 2016, <https://www.economie.gouv.fr/>.

133 CRPA, art. R-321-6.

134 CRPA. art. L300-2.

135 CADA, avis n°20144578 du 8 janvier 2015, mencionado en RICHARD. (A.) ; MORAT. (G.), Open Data : ce qu’il faut retenir de la loi Lemaire, Decideo, 25 avril 2017, <https://www.decideo.fr/>.

136 CRPA, art. L-311-3-1 : “*Sous réserve de l’application du 2° de l’article L.311-5, une décision individuelle prise sur le fondement d’un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l’intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l’administration à l’intéressé s’il en fait la demande*”.

En cuanto a este aspecto cabe referirse a estos dos actos reglamentarios: Décret n° 2017-331 du 14 mars 2017 relatif au service public de mise à disposition des données de référence y Décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l’objet de décisions individuelles prises sur le fondement d’un traitement algorithmique.

137 A este efecto puede acudirse a los artículos L-311-9 y ss CRPA.

138 CRPA, Art. R311-11.

no pueden ser accesibles. Hoy en día, se recoge una lista en el artículo L.311-5 CRPA de la que conviene destacar, en particular, lo establecido en el artículo L.311-5.2 : *“Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte a) au secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif”, “b) au secret de la défense nationale, c) A la conduite de la politique extérieure de la France, d) A la sûreté de l’Etat, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d’information des administrations (...)”*. En cuanto a la protección de datos personales y al respecto de la reutilización de las informaciones públicas, cabe destacar, viendo la importancia acordada a la anonimización, lo dispuesto en el artículo R.322-3 CRPA. Establece que la anonimización no debe provocar esfuerzos desproporcionados. En relación con el secreto comercial, puede igualmente impedir el acceso a los datos de un servicio público como lo recoge el artículo L.311-6 CRPA. Aquí puede ser de interés hacer referencia a una opinión de la CADA del 25 de octubre de 2018, en el caso *Laboratoire national de métrologie et d’essais*. Éste, etapa francesa del caso internacional “Implant Files”, fue muy polémico en Francia. Se trata de una encuesta internacional llevada a cabo por el *Consortium Internacional de los Periodistas de Investigación* que se relaciona con algunos tipos de implantes que dieron problemas, y quería demostrar que no hay bastante vigilancia y test en los procesos de adopción de certificaciones para la puesta al mercado de dispositivos médicos¹³⁹. Este caso era relativo al rechazo por el director de dicha entidad a una solicitud de comunicación de ciertos documentos de esta entidad, única en Francia (*“la liste / base de données des dispositifs médicaux ayant obtenu le marquage CE au LNE/G-MED (y) la liste des dispositifs médicaux auxquels le LNE/G-MED à refuser d’accorder le marquage CE”*). En su opinión, la CADA confirma la decisión del director, después de haber confirmado que LNE/G – MED es el encargado de una misión de servicio público y que lleva a cabo : *“une mission d’intérêt général visant à assurer la qualité et la sécurité des produits médicaux”*, funda su decisión en la protección del secreto comercial de dicha institución que podría ser menoscabado : *“en révélant des informations économiques sur cette entreprise, à savoir le nom des fabricants de ces dispositifs avec lesquels la société a GMED a contracté.”* Luego para la segunda lista, se apoya en lo dispuesto en el artículo L.311-6.3°CRPA porque : *“elle ferait apparaître le comportement d’un fabricant dans des conditions susceptibles de lui porter préjudice”*. La decisión es criticable¹⁴⁰ pero demuestra el difícil balance entre transparencia, protección de los intereses económicos, del secreto comercial, y de la salud de los ciudadanos. Entre otras cosas, Le Monde¹⁴¹ (que había interpuesto la solicitud ante la CADA) pone de manifiesto que la Ley de transposición¹⁴² francesa de la directiva sobre el secreto comercial¹⁴³ tiene una cláusula específica relativa a la protección de : *“la liberté d’expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la*

139 EL MOKHTARI. (E.), SCHIRER. (A.), “Implant Files : comprendre le scandale de la surveillance des dispositifs médicaux”, 25 novembre 2018, <https://www.lemonde.fr/>

140 HOREL.(S.), “Implants : la Commission d’accès aux documents administratifs invoque le « secret des affaires » contre la transparence”, Le Monde, 27 novembre 2018, <https://www.lemonde.fr/>.

141 VAUDANO. (M.), “Implants : “Le Monde” attaque en justice le manque de transparence des autorités”, Le Monde, 28 novembre 2018, <https://www.lemonde.fr/>.

142 Loi n°2018-67 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

143 Directiva(UE) 2016/943 de 8 junio 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

presse, et la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne"¹⁴⁴. Así, el secreto comercial podría no invocarse en esta situación.

El capítulo 3, del título II del libro III del CRPA se ocupa del régimen jurídico de las licencias a la luz del principio del artículo L.323-1 CRPA según el cual, una licencia puede ser utilizada para la reutilización de informaciones públicas, siendo obligatoria *"lorsque la réutilisation est soumise au paiement d'une redevance"*. De conformidad con el artículo L.323-2 CRPA: *"cette licence fixe les conditions de la réutilisation des informations publiques"*. Además, cabe solamente mencionar, sin exponer de manera detallada que el capítulo siguiente del mismo título establece el régimen jurídico de las tarifas, siendo el principio general el de la gratuidad según el artículo L.324-1 CRPA, que el capítulo 5 se ocupa por su parte de la cuestión de los acuerdos exclusivos estableciendo en el artículo L.325-1 CRPA que los terceros no pueden gozar de derechos exclusivos relativos a la reutilización de informaciones públicas *"sauf si un tel droit est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public"*, y por un periodo no superior a 10 años salvo derogación como se destaca en el artículo L.325-2 CRPA. Finalmente, el capítulo 6 establece un régimen de sanciones en la materia.

Debe igualmente observarse que no se impide la reutilización para fines comerciales de un documento que no cumple con los requisitos exigidos para tener el carácter de público¹⁴⁵.

En Francia, la política de apertura de los datos públicos fue confiada a la misión ETALAB¹⁴⁶ que tiene por lo tanto un papel de coordinación. Así, *"(elle) coordonne les actions des administrations de l'Etat"* y los apoya, siendo encargada de la plataforma data.gouv.fr.

En fin, **destacar que existe un derecho individual a la comunicación de las reglas de los tratamientos algorítmicos** en virtud de los artículos L.312-1-3 y del artículo R-311-3-1-2 CRPA que dispone que:

L'administration communique à la personne faisant l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, à la demande de celle-ci, sous une forme intelligible et sous réserve de ne pas porter atteinte à des secrets protégés par la loi, les informations suivantes :

- 1° Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision ;*
- 2° Les données traitées et leurs sources ;*
- 3° Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé ;*
- 4° Les opérations effectuées par le traitement.*

¹⁴⁴ Code de Commerce, art.L.151-8.1 (issue de la loi du 30 juillet 2018).

¹⁴⁵ Dalloz. Fiche d'orientation – Open data, para.2.1. Se refiere a la decisión : CADA 29 juin 2006, Président du Conseil général de l'Isère, n°20062674.

¹⁴⁶ ETALAB, Les missions et le rôle d'Etalab pour la transformation numérique dans l'action publique, <https://www.data.gouv.fr/fr/organizations/etalab/>.

Esto es una medida que tiende a favorecer **la transparencia y la responsabilidad de la administración**. Debe observarse que el *Conseil constitutionnel* se interesó a esta cuestión. En una decisión del 12 de junio de 2018¹⁴⁷ establece en el apartado 71 que : *“le responsable du traitement doit s’assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d’une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu’ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement”*.

Un caso ilustrativo de los desafíos que giran en torno a la accesibilidad de los tratamientos algorítmicos, es el relativo a la comunicación de los algoritmos de la plataforma PARCOURSUP en Francia, utilizada para la selección de los futuros estudiantes para su entrada en la universidad. De hecho, en un litigio entre el sindicato de estudiantes francés *Union Nationale des Étudiants de France* (en adelante UNEF) y la Universidad de las Antillas relativo a una solicitud de comunicación por parte de la universidad de los códigos del algoritmo utilizado para proceder a la selección de unos estudiantes, el *Conseil d’État* francés mediante una decisión del 12 de junio de 2019¹⁴⁸, anuló la decisión del *Tribunal administratif de Guadeloupe* que había considerado que los códigos tenían que ser comunicados¹⁴⁹. Ahora bien, en una decisión del 15 de enero de 2020¹⁵⁰ relativo a un litigio entre la UNEF y la Universidad de Córcega, decidió referir una cuestión prioritaria de constitucionalidad al *Conseil constitutionnel* francés relativo a una cuestión semejante. Aquí la cuestión recae en el límite del último apartado del artículo L.612- 3 del Código de la Educación francés en relación con los artículos 15 y 16 de la Declaración de los Derechos del Humanos y del Ciudadano (en adelante DDHC). De hecho, en virtud de los artículos mencionados arriba debería existir una obligación de publicación de los procesos algorítmicos. Sin embargo, la disposición objeto de la cuestión prioritaria de constitucionalidad prevé una modalidad de acceso restringida bajo la necesidad de protección del secreto de las deliberaciones de los equipos pedagógicos. De hecho:

(...) les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l’administration sont réputées satisfaites dès lors que les candidats sont informés de la possibilité d’obtenir, s’ils en font la demande, la communication des informations relatives aux critères et modalités d’examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise.

Así pues, el *Conseil d’État* francés considera que esta disposición prevé una derogación al derecho de acceso a los documentos públicos: *“notamment, aux dispositions de l’article L. 311-1 du code*

147 Conseil constitutionnel, Décision n°2018-765 DC, 12 juin 2018.

148 Conseil d’État, Université des Antilles, n°427916, 12 juin 2019, AJDA 2019 p.1192, Dalloz 2019, p. 1673, obs. W. Maxwell et C. Zolynski ; Dalloz IP/IT 2019, p.700, obs. T. Douville.

149 Tribunal Administratif de Guadeloupe, Union nationale des étudiants de France [UNEF], n° 1801094, 4 février 2019. AJDA 2019, p.259. Dalloz IP/IT 2019.390).

150 Conseil d’État, Union nationale des étudiants de France, 15 janvier 2020, n°433296, AJDA 2020, p. 142.

des relations entre le public et l'administration, en réservant le droit d'accès à ces documents aux seuls candidats qui en font la demande, une fois la décision les concernant prise, et pour les seules informations relatives aux critères et modalités d'examen de leur candidature". Esta cuestión planteada al *Conseil constitutionnel* es altamente polémica desde la aparición de esta plataforma, aunque aquí se refiere a un algoritmo local.

En una decisión del 3 de abril de 2020¹⁵¹, el *Conseil constitutionnel* francés estima que la disposición objeto de la cuestión es constitucional, pero bajo una reserva. Primero, estima que la disposición permite cumplir con *"un objectif de intérêt general"*¹⁵², es decir: *"l'indépendance des équipes pédagogiques et l'autorité des décisions"*¹⁵³. Segundo, considera que los algoritmos no están presentes para todos los procesos de selección, en todos los establecimientos, y que sigue existiendo un factor humano en dicho proceso. Además, los candidatos tienen acceso a una información previa relativa a las competencias y conocimientos requeridos. Luego, una vez finalizado el proceso de selección, si existe una decisión de rechazo, el candidato puede gozar de algunas informaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo L.612-3 del Código de la educación. Ahora bien, la reserva de constitucionalidad del artículo L.612-3 se relaciona con el hecho de que ésta - comunicación - está solamente prevista para los candidatos y no para terceros. Por lo tanto, se vulnera el artículo 15 de la DDHC si los terceros no tienen acceso a: *"toute information relative aux critères et modalités d'examen des candidatures effectivement retenus par les établissements"*¹⁵⁴.

Así pues, el artículo L.612-3 del Código de la educación no dispensa a un establecimiento de: *"publier, à l'issue de la procédure nationale de préinscription et dans le respect de la vie privée des candidats, le cas échéant sous la forme d'un rapport, les critères en fonction desquels les candidatures ont été examinées et précisant, le cas échéant, dans quelle mesure des traitements algorithmiques ont été utilisés pour procéder à cet examen"*¹⁵⁵. Finalmente, en el apartado 20 de la decisión, el *Conseil constitutionnel* descarta una posible vulneración del artículo 16 DDHC, dado que existen recursos judiciales contra un rechazo de comunicar un documento administrativo puesto que se trata de un acto administrativo recurrible. Además, estima en el mismo párrafo que: *"la restriction d'accès à certains documents administratifs relatifs aux traitements algorithmiques éventuellement utilisés par l'établissement ne prive pas d'effectivité les recours contre une décision de refus d'inscription"*.

ii | ESTUDIO DEL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL

El marco regulatorio español se caracteriza por su doble sistema de fuentes normativas, entre

151 Conseil Constitutionnel, Décision QPC n°2020-834, 3 avril 2020. Ver, MONTECLER. (M.A.), Un ancrage constitutionnel pour l'accès aux documents administratifs, Dalloz actualité, 8 avril 2020.

152 Ibid, not.148, para.13.

153 Ibid, not.148, para.13.

154 Ibid, not.148, para.17.

155 Ibid, not.148, para.17.

la fuente estatal y las fuentes autonómicas, que pueden complementarla. El estudio del marco regulatorio español nos lleva a presentar la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, reformada por la Ley 18/2015, de 9 de julio por la que se modifica la Ley 37/2007 con el fin de adaptarla al marco legislativo de la Directiva 2013/37/UE, y luego por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹⁵⁶, que establece el régimen legal de la reutilización de los documentos del sector público y en particular de los entes mencionados en su artículo segundo : *Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local y el sector público institucional*. Propone una definición de la reutilización de estos documentos. De hecho, el artículo 3.1 dispone que: *“Se entiende por reutilización el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública”*. Ahora bien, no abarca el *“intercambio interno de documentos entre administraciones y organismos del sector público en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas”*. Tal como en la norma francesa sobre Open Data, se prevén exclusiones de documentos, teniendo que mencionarse los recogidos en el artículo 3.3.e): *“los documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual o industrial por parte de terceros”*. Se añade en el artículo 4.2 que: *“Será a cargo de la administración pública asegurar que estos documentos puedan ser reutilizados para fines comerciales o no comerciales”*, sea sin condiciones, bajo el régimen de licencias o bien con la oportuna solicitud. La administración tiene que adoptar una actitud proactiva como lo demuestra el artículo 4.5, para favorecer la búsqueda de los documentos por parte de los administrados. En cuanto a la protección de los datos personales, el artículo 4.6 prevé que la reutilización deberá respetar lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos personales. Puede ponerse de manifiesto que el principio general en cuanto a la reutilización es la prohibición de derechos exclusivos, salvo excepciones, cuando por ejemplo sea necesario para la prestación de un servicio público, como lo destaca el artículo 6.2. Así como en la ley francesa, el principio es la reutilización gratuita con la posibilidad de aplicar una tarifa según su artículo 7 pero solamente para cubrir los *“costes marginales para su reproducción, puesta a disposición y difusión”*. Van a existir condiciones relativas a la reutilización, así de acuerdo con el artículo 8 podrá imponer las condiciones generales que radican entre otros en la no alteración y la no desnaturalización de los datos, en la necesidad de mencionar la fuente y la última actualización. Además, cabe mencionar que se tendrá que fomentar el uso de licencias por parte de los sujetos obligados por esta ley, como lo establece el artículo 9. Finalmente, cabe recalcar la existencia de un régimen sancionador en su artículo 11, previéndose infracciones muy graves, graves y leves teniendo que destacarse que lo más penado será la *“desnaturalización del sentido de la información”* cuando haya habido licencia y: *“la alteración muy grave del contenido de la información para cuya realización se haya concedido una*

¹⁵⁶ VALERO.(J.), “El alcance de la reciente reforma de la ley 37/2007, sobre reutilización de la Información del Sector Público”, Datos. gob.es, <https://datos.gob.es/es/>.

licencia”¹⁵⁷.

Para complementar esta presentación del régimen jurídico español, tiene que hacerse mención al Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007 de 16 de noviembre sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal. En cuanto al régimen aplicable sobre la reutilización para los entes mencionados en el artículo primero, hay que destacar que ellos: *“autorizaran la reutilización de los documentos elaborados o custodiados por ellos”*¹⁵⁸, siendo la publicación el principio¹⁵⁹. Será necesario una actualización de los documentos disponibles *“en un tiempo razonable”* según lo dispuesto en el artículo 2.3, existiendo igualmente una obligación de información, de *“manera estructurada y utilizable”*¹⁶⁰ en cuanto al régimen de reutilización.

En particular, en cuanto a las modalidades de reutilización de los documentos reutilizables, se vuelve a mencionar las provisiones de la ley 37/2007. En cuanto a los derechos de propiedad intelectual, si terceros ostentan derechos de propiedad intelectual o industrial, la reutilización será sometida a la previa: *“cesión de los derechos de explotación por parte de los titulares”* según el artículo 9. Los derechos de propiedad intelectual de los que son titulares: *“la Administración general del Estado y los demás organismos y entidades del sector público estatal (...) deben ejercer sus derechos (...) de forma que facilite su reutilización”* según lo previsto en el artículo 10.1. Finalmente, debe observarse que, en lo referido a la protección de los datos a carácter personal, el artículo 11 es más desarrollado que en la ley dado que indica los derechos que podrán ser ejercidos por las personas: *“que podrán además ejercer sus derechos de rectificación, cancelación y oposición (...)”*. El régimen jurídico de la explotación será por lo tanto de conformidad con el artículo 10.2 el de *“la cesión gratuita y no exclusiva de los derechos de propiedad intelectual”* necesarios para reutilización: *“en cualquier modalidad y bajo cualquier formato, para todo el mundo y por el plazo máximo permitido por la Ley”*.

Pudo mencionarse varias veces que la apertura de los datos públicos fomenta la interoperabilidad, por consiguiente, cabe hacer una referencia a la Resolución de 19 de febrero de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Reutilización de recursos de la información. Esta norma tiene un enfoque práctico dado que: *“tiene por objeto establecer el conjunto de pautas básicas para la reutilización de documentos y recursos elaborados o custodiados por el sector público (...)”*. Tiene por objeto apoyar en la selección e identificación de la información reutilizable. Se destaca la necesaria labor pormenorizada en la selección de estas informaciones por parte de estos entes, dado que: *“se considerarán prioritarios los de mayor relevancia y potencial social y económico”*. En cuanto a su identificación, es necesario

¹⁵⁷ Ley 37/2007 de 16 de noviembre, art.11.a y b.

¹⁵⁸ Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, art 2.1.

¹⁵⁹ Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, art 2.1: *“Únicamente podrá denegarse motivadamente la reutilización de los documentos, si concurre alguno de los supuestos establecidos en el apartado 3 del artículo 3 de la Ley 37/2007”*.

¹⁶⁰ Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, art 4.

pensar de antemano a un modo óptimo: *“mediante referencias únicas y unívocas, basadas en identificadores de recursos uniformes”*. Luego, esta resolución propone guías sobre los formatos de descripción de los documentos y recursos de información reutilizables y sobre los términos y condiciones de uso aplicables. En cuanto, a la puesta a disposición de los documentos y recursos de información se menciona el principio de accesibilidad, siendo cada ente responsable para la puesta a disposición de sus informaciones. Finalmente, proporciona guías sobre los catálogos que contienen estas informaciones. Esta norma técnica es de máximo interés dado que permite dar pautas para poner en práctica el Open Data. **Su plusvalía radica en la ayuda y el apoyo técnico que prevé a las administraciones públicas.** El estudio de esta norma pone igualmente de manifiesto que existe un verdadero modelo de actuación para, por un lado, que la reutilización sea la más efectiva posible y, por otro, para que los sujetos obligados tengan una actitud proactiva.

En el marco de la presentación de las leyes españolas en el ámbito del Open Data, cabe hacer una referencia, a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. De hecho, existe un vínculo directo con nuestro tema de estudio, ya que las políticas de Open Data tienen por objeto favorecer la transparencia pública. Esta ley, cabe de interés dado que pretende según el artículo 1: *“regular y garantizar el derecho de acceso a la información (de la actividad pública) (...) y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos (...)”*. Así, cabe reflejar la existencia de una obligación de publicidad de informaciones relevante en el marco del objetivo de transparencia, no siendo esta ilimitada de acuerdo con el artículo 5.3. Además, el artículo 12 establece un derecho de acceso a la información pública, lo que se enmarca perfectamente dentro de los principios del Open Data, siendo este el primer paso previo a la reutilización. Sin embargo, se prevén límites al derecho de acceso en el artículo 14 del mismo modo que en la normativa francesa. Finalmente, cabe poner de relieve que el respeto de los principios de buen gobierno, establecidos en el artículo 26 fomenta, aunque sea de manera indirecta, el desarrollo y el adecuado cumplimiento de la normativa sobre Open Data dado que tienen que: *“actuar con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general”*. Huelga mencionar que las Comunidades Autónomas han podido desarrollar sus propias normas de transparencia y buen gobierno, tal como en Catalunya mediante la Ley 19/2014, de 29 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno teniendo que destacarse por su mayor interés lo regulado en los artículos 65 y los, relativos al gobierno abierto. Así, las diferentes iniciativas de Open Data en la CCAA permiten dar eficacia a esta voluntad de *open government* y cumple con lo establecido en el artículo 65.2 relativo al impulso de este gobierno abierto con una preferencia por los *“medios electrónicos y las tecnologías de la información y la comunicación”*.

En cuanto a la relación entre administración y algoritmos en España, conviene hacer mención, primero, al artículo 18.4 de la Constitución que dispone que: *“la ley limitara el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio*

de sus derechos". Segundo, al artículo 41 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público¹⁶¹ (en adelante LRJSP) relativo los requisitos que tienen que respetar los entes administrativos cuando la actuación administrativa es automatizada. Se define en el primer párrafo lo que debe entenderse como una actuación administrativa automatizada: *"se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público"*. El carácter predominante será aquí la ausencia de intervención de un humano. Por su parte, el párrafo segundo establece las garantías que se deben respetar. Debe conocerse el órgano competente, y *"según los casos para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación"*. Puede decirse que esta previsión tiene que aplicarse en materia de inteligencia artificial a condición de cumplirse lo dispuesto en el primer párrafo¹⁶². Sin embargo, esta previsión ha sido criticada por ejemplo por Juli Ponce¹⁶³ que opina que es: *"débil, dispersa y con lagunas referidas a temas de acceso a la información, procedimiento de creación de los algoritmos y explicación de las decisiones adoptadas por éstos"*. En materia de inteligencia artificial, como lo destaca Julian Valero Torrijos, puede haber ciertos límites en cuanto a la aplicación de aquella disposición, a la luz del criterio de la intervención humana¹⁶⁴ en el tratamiento algorítmico. Cabe destacar igualmente la visión de Andrés Boix Palop, al respecto de la modificación del corpus legislativo desde 2015 que sigue la: *"tendencia hacia la reducción de garantías asociadas al empleo de medios tecnológicos por parte de la administración con la intención de hacer menos jurídicamente costosos el empleo de estos instrumentos"*¹⁶⁵.

Otra problemática a la que conviene hacer mención es la del acceso a los códigos fuentes utilizados por la administración y al vínculo con la necesaria transparencia de la administración. Existen dudas en cuanto a la posibilidad material y jurídica de acceso a los códigos como lo destaca Andrés Boix Palop en su artículo. Este autor considera que: *"No se reconoce el derecho a acceder al código fuente ni se prevé en ningún caso la necesaria publicación del mismo"*¹⁶⁶. Son los artículos 12 y 13 de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno que prevén el derecho de acceso a la información pública¹⁶⁷. Sin

161 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

162 VALERO TORRIJOS. (J.), "Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad de la administración", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, p.87.

163 PONCE SOLE. (J.) "Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico", *Revista General de Derecho Administrativo*, (50) 2019.

164 Cit., VALERO, "Las garantías jurídicas...", p.87: *"una aplicación literal del artículo 41 LRJSP llevaría a excluir de esta garantía de aprobación previa aquellos sistemas de inteligencia artificial en los que el resultado de la aplicación de los algoritmos debiera ser validado bien por el titular de un órgano bien por el personal al servicio de la correspondiente entidad"*.

165 BOIX PALOP. (A.), "Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol.1, 2020, pp.223-270, p.242.

166 Cit., BOIX PALOP, "Los algoritmos son...", p.243.

167 Cit., VALERO TORRIJOS., "Las garantías jurídicas...", p.89.

Ver CERILLO I MARTINEZ. (A.), "El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?", *Revista General de Derecho Administrativo*, (50), 2019.

embargo, existen dudas al respecto de la relación entre este derecho de acceso, a la naturaleza específica de los códigos fuentes y al límite previsto en el artículo 14 en materia de propiedad intelectual. Antes de mencionar resoluciones en la materia, conviene observar lo establecido en la jurisprudencia contenciosa administrativa. En una sentencia de 18 de mayo (RCJA 2017/162) del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº6 de Madrid estableció que: *“Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad”*.

Con el fin de aclarar el debate sobre el límite de este derecho de acceso a los códigos fuentes puede mencionarse la Resolución 701/2018¹⁶⁸, de 18 de febrero de 2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno relativo a una solicitud entre otras cosas al acceso al código fuente o - estructura – de una aplicación telemática utilizada para los titulares del bono social que permite *“al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono cumple con los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable”*¹⁶⁹, su especificación técnica y el *“resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional”*¹⁷⁰. En su resolución, el Consejo de Transparencia expresa la difícil categorización del derecho de propiedad intelectual del código fuente, y estima parcialmente el recurso. Considera que debe aplicarse el límite del artículo 14.1.j) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, pero no a las otras cosas solicitadas. Estima que el: *“derecho de propiedad intelectual contemplado en la directiva, no comprende, sin embargo, las especificaciones técnicas del programa ni el resultado de las pruebas realizadas, para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional, que han sido igualmente solicitados”*¹⁷¹. Ahora bien, con el fin de matizar conviene destacar una Resolución de 21 de septiembre de 2016¹⁷² relativa a la acumulación de dos decisiones 123/2016 y 124/2016 en la que se solicitaba en particular: *“l’algoritme matemàtic que condiciona l’ordre de posicions en els tribunals correctores dels PAU a partir de la llavor extreta per sorteig”* de la Comissió Garantia del Dret d’Accés a la Informació Pública (catalana). Solicitud denegada el 17 de junio de 2016 por la Oficina d’Accés a la Universitat del Consell Interuniversitari de Catalunya y fundamentada con lo dispuesto en el artículo 14.1.k) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. En este caso, la comisión reconoce el gran interés del algoritmo: *“té un paper destacat en la designació dels membres dels diversos tribunals correctors de les PAU, en constituir el punt de partida del programa informàtic emprat per determinar la seva composició a partir del número “llavor” extret per sorteig.”* Para dictar su resolución, la comisión subraya las diferencias entre un algoritmo matemático y un código fuente. Ahora bien, no estima

168 Consejo de Transparencia y Buen Gobierno Resolución 701/2018, 18 de febrero de 2019.

169 Ibid not.168. p.1.

170 Ibid not.168. p.2.

171 Ibid not.168. p.9.

172 Resolució del 21 de setembre de 2016, d’estimació de les reclamacions 123/2016 i 124/2016 (acumulades).

que se puede en el presente caso aceptar el límite invocado por el Consell dado que la aplicación del mismo del artículo 14.1.k) debe ser prevista por una norma con rango de ley, pero: *“no hi ha cap norma amb rang de llei que estableixi la confidencialitat del procediment de selecció dels membres dels tribunals correctors de les PAU.”* Rechaza igualmente el argumento de la pérdida de efectividad del funcionamiento del proceso de selección. Añade que: *“l’algoritme, com s’ha vist, s’ha de limitar i es limita a recollir i aplicar aquestes variables (i les altres abans esmentades), que són reglades i no confereixen cap marge de discrecionalitat, de manera que no es veu quin interès hi pot haver en ocultar-lo i mantenir-lo confidencial. En canvi, sí existeix un interès públic i privat –dels interessats– evident en poder comprovar que l’algoritme que guia tot el procés està correctament dissenyat per tal de garantir la igualtat de tots els participants en el procés selectiu”.* Por lo tanto, a la vista de lo mencionado y dado que el Consell no alegó otros posibles límites reconoce un derecho de acceso restringido solamente al interesado.

En cuanto al acceso a los procesos algorítmicos, conviene igualmente hacer mención al respecto de este punto para complementar el análisis, al artículo 22 del RGPD dado que establece un marco protector en relación a la utilización de tratamientos automatizados. Como lo destacan las líneas directrices del G29: *“el artículo 22 apartado 1, establece una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado con efectos jurídicos o significativamente”*¹⁷³. Sin embargo, este principio sufre excepciones como se destaca del párrafo segundo del artículo 22 si la decisión:

- a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;
- b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o
- c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

Como lo manifiesta Andrés Boix Palop, la segunda excepción es de máximo interés, porque considera que: *“podemos ya intuir que cualquier determinación legislativa que habilite a la Administración o a los poderes públicos a realizar estos tratamientos va a sortear sin problemas toda posible restricción derivada de la normativa en materia de protección de datos”*¹⁷⁴. Incluso la garantía del párrafo 3 que no incluye la excepción del artículo 22.2.b)¹⁷⁵. Este mismo autor estima por lo tanto que dicho artículo no añade mucho más al marco jurídico español, y asegura que: *“parece bastante voluntarista pretender que la interposición del Derecho europeo en esta materia vaya a imponer muchos más límites o*

173 G29, Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, Working Papers 251 rev.01, 3 de octubre de 2017, <https://www.aepd.es/>.

174 Cit., BOIX PALOP, “Los algoritmos son...”, p.245.

175 Cit., BOIX PALOP, “Los algoritmos son...”, p.246.

*garantías sustancias adicionales a los que ya establece la norma española*¹⁷⁶. Sin embargo, **se tendría que matizar un poco esto y ver el RGPD como una herramienta ideológica y práctica que facilita una lógica y buenas prácticas que pueden ser de interés**, como lo destaca Juli Ponce : *“las herramientas del RGPD también pueden resultar de especial utilidad, en particular si se acude a ellas analógicamente como instrumentos adecuados para dar respuesta a las singularidades del actual contexto digital, dado que facilitan un diseño adecuado y un análisis preventivo que permite hacer frente en mejor medida a los riesgos que se puedan plantear más allá de las exigencias normativas de la protección de datos”*¹⁷⁷, refiriéndose aquí a Ricard Martínez¹⁷⁸

Debe observarse de lo expuesto anteriormente, que el régimen regulatorio español cumple de manera adecuada con los principios de Open Data mencionados en la primera parte de este estudio¹⁷⁹. En el marco de esta presentación de los dos marcos regulatorios, debe concluirse que el marco regulatorio español tiende a ser más inteligible. Sin embargo, desde la codificación que ha habido en Francia, la seguridad jurídica será más asegurada que en España visto el grado de desarrollo normativo.

D- EL DESARROLLO PRÁCTICO DEL OPEN DATA EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: EL EJEMPLO DE TOULOUSE Y BARCELONA

Antes de entrar en el análisis de los dos ejemplos prácticos, es necesario destacar las guías que se dedican a dar pautas en cuanto a las posibilidades relativas a la apertura de los datos¹⁸⁰. Primero, es muy importante pensar de antemano el método de puesta a disposición de los datos. Posteriormente, será crucial utilizar un catálogo de referencia. La tercera etapa radica en la posibilidad de hacer que los datos sean legibles tanto para las máquinas como para los humanos. Con el fin de aclarar estos dichos puede referirse al esquema propuesto por Tim Berners Lee. Pone de relieve que existen diversos grados de puesta a disposición y los clasifica en cinco niveles¹⁸¹. Así, el primer nivel es relativo a la disposición con un simple acceso, el segundo nivel es el relativo al hecho de que sea un dato accesible y estructurado, y el tercero, a la accesibilidad, pero en un formato abierto no propietario. Para acabar, el cuarto nivel se enfoca en la utilización de vínculos URL para facilitar el señalamiento de los datos y el quinto está enfocado al enlazamiento de los datos con otros para proporcionar el contexto necesario.

176 Cit., BOIX PALOP, “Los algoritmos son...”, p.247.

177 Cit., Ponce, “Las garantías de la Inteligencia artificial...”, p.88.

178 MARTINEZ MARTINEZ. (R.), “Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos”, *Dilemata*, (24), 151-164.

179 CERILLO. (A.), “Los Principios de los datos abiertos en la legislación española” *Revista de Internet; Dret i Política*, IDP Número 19, octubre de 2014.

180 BENNETT. (D); HAREY. (A), “Publishing Open Government Data”, W3 Working Draft 8 September 2009, <https://www.w3.org/TR/gov-data/>.

181 BERNERS LEE. (T.), 5 stars Open Data, <https://5stardata.info/en/>.

A este respecto cabe decir que el tipo de formato utilizado será de máxima importancia para favorecer la reutilización de los juegos de datos. En este sentido cabe decir que, por ejemplo, que los formatos textos o PDF pueden ser considerados no suficientes: “(...) *le format texte ne permet pas de conserver une structure de données cohérente et compréhensible*”. Open Data Handbook, Formats de fichier, <http://opendatahandbook.org/guide/fr/appendices/file-formats/index.html>.

Para ilustrar iniciativas de Open Data, se tomará como ejemplo lo desarrollado en dos ciudades muy cercanas, Toulouse y Barcelona. En el ámbito de la ciudad de Toulouse, se desarrolló una plataforma de Open Data denominada *Open Data Toulouse Métropole* en la que pueden encontrarse datos de determinados orígenes. La plataforma utiliza la licencia ODbL, que permite compartir, crear y adaptar los datos. Se lanzó esta plataforma el 22 de octubre de 2011 con el objetivo: “(d’) *accueillir et engager des partenaires extérieurs sur le territoire dans le mouvement Open Data*”. El ayuntamiento colaboró con diferentes entes tal como “*Tisseo*”, operador de transporte. Hoy en día, 470 juegos de datos han sido colgados como el “*registre legal CNIL*” o bien los diferentes productos “*bio, local, label de qualité*” comprados por la cocina central de Toulouse. En el ámbito de la ciudad de Barcelona, se desarrolló igualmente un sitio web denominado *Open Data BCN* donde están disponibles hoy en día 466 juegos de datos tal como las informaciones relativas a los “*gastos de viaje de los concejales/as y comisionados/as del Ayuntamiento*”. La interfaz del sitio web es semejante a la de Toulouse, de hecho, encontramos diferentes pestañas con informaciones sobre el proyecto y el catálogo de los juegos de datos. Pueden darse informaciones sobre las licencias utilizadas y el formato del documento que está a disposición. Los juegos de datos pueden ordenarse por categorías como en el sitio web de Barcelona, estando igualmente presente un espacio para los usuarios donde pueden solicitar nuevos juegos de datos. En la plataforma de Barcelona, hay una aplicación que permite entender con un ejemplo práctico¹⁸² muy intuitivo la plusvalía práctica del Open Data. Por ejemplo, a partir de un juego de datos publicado en la plataforma relativo a las “*incidencias, quejas, sugerencias, consultas y agradecimientos por la Administración pública*” (trimestral) que contiene 4 millones de células podemos saber que, durante un periodo de referencia trimestral, el Ayuntamiento recibió más de 171.000 quejas. Esto es posible gracias al trabajo de gestión de la cuantía de informaciones disponibles. En esta etapa, sin herramientas informáticas no puede hacerse nada.

Pudo destacarse que el régimen normativo, tanto francés como español, es muy semejante, ya que ha sido influido por la necesaria transposición de las directivas europeas e igualmente complementado con múltiples leyes, tal como las regulaciones sobre transparencia. El marco regulatorio francés es más antiguo que el español e igualmente codificado. Sin embargo, el marco regulatorio español tiende a dar una mayor importancia a la idea de transparencia. En cuanto a los desarrollos prácticos, aunque se haya escogido solamente dos municipios las iniciativas son parecidas y no bastante desarrolladas.

No puede acabarse un estudio sobre Open Data sin mencionar los límites que giran en torno a esta materia. De hecho, existen cada vez más preocupaciones que podrían restringir un desarrollo efectivo de los movimientos en este campo.

182 Portal Open data Barcelona, <https://opendata-ajuntament.barcelona.cat/>.

III - LOS LÍMITES AL DESARROLLO DE UNA VERDADERA POLÍTICA EFECTIVA DE OPEN DATA

Existen varios límites¹⁸³ al desarrollo efectivo de una política de Open Data que radican tanto en los costes económicos, como en los problemas relativos a los derechos de propiedad intelectual (A) o bien en la interconexión con las reglas sobre protección de datos personales (B).

A | LAS PREOCUPACIONES ECONÓMICAS Y RELATIVAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A la hora de analizar la posibilidad de desarrollar verdaderas políticas de Open Data, va a ser muy importante tener en cuenta el coste económico de estas políticas¹⁸⁴. Tendrán que tomarse en consideración varios parámetros relativos a la adaptación de la administración. Primero, la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de los portales¹⁸⁵ será un coste importante, aunque éste puede variar *“dependiendo de la complejidad de los sistemas utilizados”*. Habrá igualmente un coste de adaptación.

Conviene igualmente observar que uno de los límites que pueden existir en este ámbito, es relativo a la relación entre Open Data y el secreto comercial. Puede ilustrarse con la *Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé*¹⁸⁶ que tenía como objetivo reforzar la transparencia. Como ejemplo se puede mencionar la necesaria declaración de interés pública del artículo L.1451-1 que personas con responsabilidades (tal como las personas que ejerzan funciones con el ministro de la salud pública y de la seguridad social), tienen que comunicar, mencionando: *“les liens d'intérêts de toute nature, directs ou par personne interposée que le déclarant a, ou qu'ils a eus pendant les cinq années précédant sa prise de fonctions avec des entreprises, des établissements ou des organismes dont les activités, les techniques et les produits entrent dans le champ de compétence de l'autorité sanitaire au sein de laquelle il exerce ses fonctions ou de l'organe consultatif dont il est membre ainsi qu'avec les sociétés ou organismes de conseil intervenant dans les mêmes secteurs”*. **Esta medida tiene como objetivo favorecer la transparencia**, visto el escándalo que había provocado el asunto del Mediator¹⁸⁷. Ahora bien, existen restricciones que han sido impuestas en particular por la CNIL en cuanto al nombre de las personas objeto de la publicación para impedir la indexación. El segundo límite radica en una información extraída por el decreto de aplicación, relativo al importe de los contratos concluidos entre las empresas y los profesionales del sector. Ahora bien, este límite fue invalidado por el

183 Ver DE FILIPPI. (P), “La double face de l'open data, *Petites Affiches*, LPA 10 oct. 2013, n° PA201320305, p. 6, ; METAYER. (L.C.), “Les limites de l'open data”, AJDA 2016, p.102.

184 Data.gob.es, El coste de abrir los datos, <http://datos.gob.es/es/noticia/el-coste-de-abrir-los-datos>.

185 Civio, “¿Cuánto cuestan los portales de datos abiertos? Hemos preguntado y tenemos algunas repuestas”, 24 de junio de 2014, <https://civio.es/>

186 Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

187 Cit., Haute Autorité pour, “Open data...”, p.26.

Conseil d'État francés¹⁸⁸ y luego confirmado por una ley de 2016¹⁸⁹ que incluye expresamente esta información. Este caso revela las tensiones que puede haber en el sector privado y en particular desde la perspectiva empresarial, en el que el interés de proteger las informaciones comerciales es vital. Finalmente, conviene observar que el *Conseil constitutionnel* francés ha rechazado en este caso cualquier posible menoscabo de la libertad de empresa¹⁹⁰ lo que refuerza la idea de la necesidad de transparencia.

Conviene igualmente destacar que puede haber una paradoja en el movimiento de open data, dado que puede oponerse a la protección de los derechos de propiedad intelectual. El artículo L.311-4 CRPA dispone que: *“los documentos administrativos son comunicados o publicados bajo reserva de los derechos de propiedad literaria y artística”*. En el marco de los derechos de propiedad intelectual, cabe hacer referencia a un problema de máximo interés, el existente entre derecho de autor sobre las bases de datos y el Open Data. En particular, uno de los obstáculos radica en la protección conferida a las bases de datos creadas por las personas públicas. De hecho, existe un derecho de protección de las bases de datos permite al productor restringir su acceso, bajo ciertas condiciones. En Francia, la protección es recogida en el artículo L.341-1 del Código de la Propiedad Intelectual¹⁹¹ (en adelante CPI) y la posibilidad de restringir el uso en el artículo L.342-1 del CPI. La duda radica en el hecho de saber si la administración, cuando los requisitos para aplicar esta protección son cumplidos, podrá restringir el uso de los documentos disponibles en ellas. Así, conviene referirse a la jurisprudencia para ver qué tipos de soluciones pueden proponerse. Puede ser interesante recalcar una decisión ilustrativa de los desafíos que giran en torno a esta materia. Se trata de la sentencia del *Conseil D'État* de 8 de febrero de 2017¹⁹² relativa a un caso en el ámbito de la genealogía y en particular a la solicitud de abrogación de un acto administrativo del departamento de la *Vienne* relativo a la reutilización de sus archivos. La reutilización de los documentos en formato digital: *“fichiers numériques constitués par le service des archives départementales à partir de certains fonds d'archives publiques”* no es libre al contrario de los consultados sea directamente en el sitio web de los archivos del departamento o bien físicamente. Para poder ser utilizados es necesaria una cesión en el marco del ejercicio de una misión de servicio público¹⁹³. La Sociedad *NotreFamille.com*

188 Conseil d'État, 1re/6e SSR, 24 février 2016, n° 369074.

189 Loi n°2016 – 41 du 26 janvier 2016 relative à la modernisation de notre système de santé.

190 Conseil constitutionnel, Décision n°2015-727 DC, 21 janvier 2016.

191 Code de Propriété Intellectuelle, art. L-341-1 : *“Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel”*.

192 GABAYET. (N), “Open Data et loi CADA : la primauté du droit de réutilisation des bases de données publiques sur le droit de propriété”, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 41, 16 Octobre 2017, 2241.

Conseil d'État, Société NotreFamille.com, 8 février 2017, n° 389806, Jura Data n°2017-002336 ; JCP A 2017, act. 123.

193 Ibid.not.192 : *“cette délibération a notamment pour objet et pour effet d'interdire de collecter, au moyen d'un logiciel de collecte et d'indexation systématique, les données figurant dans la base de données rendue accessible publiquement en ligne, contenant, sous une forme numérisée, l'ensemble des archives publiques du département relatives à l'état civil. Elle n'autorise également la cession, par le département, des fichiers numériques contenant ces archives que si elle est nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public”*.

ha visto su pretensión rechazada en primera instancia¹⁹⁴ y en segunda instancia¹⁹⁵ a raíz del artículo L.341-1 CPI relativo al: *“derecho de propiedad sui generis para el titular de una base de datos”*. Ahora bien, el *Conseil d’État* francés, considera que los documentos de la base de datos son documentos administrativos y que tiene que aplicarse el principio de accesibilidad: *“Il s’ensuit qu’en jugeant qu’un service culturel producteur d’une base de données pouvait se prévaloir du droit qu’il tient, en cette qualité, de l’article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle pour interdire la réutilisation de la totalité ou d’une partie substantielle du contenu de cette base, la cour administrative d’appel de Bordeaux a entaché son arrêt d’erreur de droit”*.

Conviene ahora destacar a grandes rasgos lo establecido en el marco normativo español en cuanto a las bases de datos. En España, el texto refundido de la ley de propiedad intelectual en su artículo 12 establece que las bases de datos pueden gozar de una protección a través de los derechos de autores, pero el párrafo 3 establece que no: *“se aplicarán a los programas de ordenador utilizados en la fabricación o en el funcionamiento de bases de datos accesibles por medios electrónicos”*. Se deduce por analogía al párrafo 1 del mismo artículo que la protección es conferida para la estructura. Existe igualmente otra previsión legal en relación con la protección conferida a las bases de datos, en el libro segundo de la ley de propiedad intelectual española y en particular los artículos 133 y siguientes. Se trata del derecho *“sui generis”* que según el artículo 133.1: *“protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido”*. Así el fabricante de la base de datos: *“puede prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cuantitativamente siempre que la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. Este derecho podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual”*¹⁹⁶.

B - LA NECESARIA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN MATERIA DE OPEN DATA

Las cuestiones relativas a la protección de los datos personales tienen una importancia particular en materia de open data, dado que puede aprehenderse como un límite al desarrollo y a la utilización de los datos visto el valor en algunas ocasiones de las informaciones que podrían extraerse. Sin embargo, tiene que recordarse que esta protección es necesaria en un mundo digitalizado.

En el derecho de la UE, la directiva de 2003 consolidada se refiere en diferentes partes a esta necesaria protección. Primero, en el considerando 21, así como en el artículo 1.4, mencionando

194 Tribunal Administratif de Poitiers, Société Notrefamille.com c/ Département de la Vienne, 31 janvier 2013.

195 Cour administrative d’appel de Bordeaux (4ème Chambre), n°13BX00856, 26 février 2015.

196 Ley de Propiedad Intelectual, art.133.1.

que la puesta en práctica de las medidas previstas en la directiva no debe menoscabar el derecho a la protección de los datos de los individuos, existiendo *per se* excepciones, tal como lo prevé el artículo 5.1. Cabe reflejar que en el momento de dictar sus recomendaciones, el G29 decía en cuanto al vínculo entre la reutilización de los datos accesibles públicamente y la protección de los datos personales que la reutilización tendría que ser limitada por: *“general provisions of applicable data protection law, (where applicable) specific additional legal restrictions and technical and organizational safeguards that have been put in place to protect the personal data”*¹⁹⁷. En relación con los límites, pone de relieve al respecto del acceso a los documentos que son excluidos *per se*, que existen diferentes regímenes de acceso y que el test de proporcionalidad entre los intereses particulares y los intereses relativos a la apertura y a la transparencia puede variar entre países, lo que puede menoscabar la protección, al fin y al cabo.

En la nueva directiva 2019/1024/UE, el considerando 6 hace una primera referencia a la necesaria protección de los datos personales reconocido en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. En el considerando 16, la directiva se refiere al hecho de que la protección de datos personales debe ser tenido en cuenta cuando se desarrollan políticas de Open Data regidas por el principio de *“apertura desde la concepción y por defecto”*. Como se refleja en este texto, es muy importante vigilar que la identificación de una persona física no sea posible en caso de agregación con otros datos. Por su parte el considerando 44 dispone que la protección de datos puede ser un límite a la reutilización, integrada directamente en una licencia. El considerando 52 está consagrado específicamente a esta noción de la protección de los datos personales, disponiendo que la directiva no debe menoscabar la protección conferida por el RGPD y la directiva 2002/58/CE, incluyendo las provisiones de derecho interno, tal como lo recuerda el considerando 71. Se deduce de la letra de este texto que las reglas dispuestas en el RGPD, en cuanto al tratamiento de datos personales serán de aplicación. Además, se refiere explícitamente a la anonimización que puede ser: *“un medio para conciliar los intereses a la hora de hacer la información del sector público tan reutilizable como sea posible con las obligaciones contraídas en virtud de la normativa sobre la protección de datos, pero tiene un coste”*. Desde un punto de vista sustancial, el artículo 1.2.h dispone que la apertura de las informaciones del sector público puede ser limitada por la necesidad de proteger los datos personales y el mismo artículo en su párrafo 4 recuerda que la Directiva 2019/1024/UE no se opone a lo dispuesto en el RGPD y en la Directiva 2002/58/CE y a las disposiciones de derecho nacional, tal como lo apunta igualmente el considerando 52. Por su parte, el RGPD establece en su artículo 86 que los datos personales pueden ser comunicados de conformidad con las reglas relativas a la materia con el fin de asegurar un balance entre dicho derecho a la protección de los datos personales y al derecho de acceso a los documentos públicos. Finalmente, en relación con los datos de investigación como lo refleja el artículo 10.1 la: *“aplicación del principio de apertura por defecto y de compatibilidad con los principios FAIR”* debe tomar en consideración las *“inquietudes relacionadas con (...) la protección de los datos personales*

¹⁹⁷ Cit., G29, “Opinión 6/2013...” p.8.

y la confidencialidad". Así pues, en comparación con el marco normativo antiguo **se observa la intensificación de la toma en consideración de las preocupaciones en materia de protección de datos como un sacrosanto interés de necesaria protección**. Fenómeno muy presente a escala de la UE, y evidentemente presente aquí.

En la legislación francesa se hace referencia a aquella protección en el artículo L.312-1-2 CRPA que establece lo siguiente: *"lorsque les documents ou les données mentionnées aux articles L.312-1 ou L.312-1-1 comportent des données à caractère personnel, ils ne peuvent être rendus publics qu'après avoir fait l'objet d'un traitement permettant de rendre impossible l'identification de ces personnes."* En la legislación española, el preámbulo de la ley 37/2007 recuerda esta necesidad en cuanto a la reutilización¹⁹⁸. El artículo 4.6 de dicha ley establece que: *"la reutilización de documentos que contengan datos de carácter personal se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal"*.

En relación con las excepciones, cabe reflejar, lo que puso de relieve el G-29 respecto al desarrollo de la legislación nacional que tiene que ser clara, transparente y precisa en cuanto a: *"(i) what data are made publicly available, (ii) for what purposes, and (iii) where appropriate specify to what extent and under which conditions reuse is allowed"*¹⁹⁹. Se destaca de esta observación que interrogaciones pueden manifestarse en cuanto al cumplimiento con el principio de finalidad a la hora de la reutilización de los datos personales accesibles al público, por ejemplo, para los usos comerciales. En el marco legislativo de la Directiva 2003 consolidada, a la luz de los artículos 10 (principio de no discriminación) y 11 (prohibición de acuerdos exclusivos), el G29 expresaba sus dudas en cuanto al cumplimiento de dicho principio: *"the public sector body in principle, must not consider who the particular re-user requesting access is"*²⁰⁰. Por consiguiente, *"when deciding whether to authorize reuse, public sector bodies must consider the compatibility of allowing re-use under an open license not just to the applicant but also to anyone requesting the data"*²⁰¹. En el marco legislativo de la nueva directiva, podría extraerse la misma conclusión a la luz del artículo 11 que consagra el principio de no discriminación, y del siguiente relativo a los acuerdos de exclusividad que dispone en su párrafo 1: *"la reutilización de documentos estará abierta a todos los agentes potenciales del mercado (...)"*. Así, la cuestión que arraiga en este ámbito radica en la situación de los usos posteriores. El G-29 reflejaba que limitaciones en la reutilización tendrían que ser aceptadas con el fin de cumplir con este principio de finalidad. Podría considerarse que esta sugerencia ha sido consagrada en la directiva 2019/1024/UE visto lo dispuesto en el considerando 52²⁰². Aunque

198 Preámbulo de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre: *"El régimen de reutilización garantiza el pleno respeto de los principios que consagran la protección de datos personales, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal y su normativa de desarrollo"*.

199 Cit., G29, "Opinion 6/2013...", p.10.

200 Cit., G29, "Opinion 6/2013...", p.11.

201 Cit., G29, "Opinion 6/2013...", p.11.

202 Directiva 2019/1024/UE, considerando 52: *"Ello significa, entre otras cosas, que la reutilización de datos personales solo es admisible si se cumple el principio de limitación de la finalidad previsto en el artículo 5, apartado 1, letra b), y en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679"*.

esté mencionado en una parte no obligatoria, el hecho de reconocer que este texto no tiene que aplicarse de manera contraria al RGPD demuestra palmariamente que la cuestión del respecto del principio de limitación de las finalidades será tomado en consideración.

Puede observarse que para asegurarse que los datos personales de aquellos cuya información va a incluirse en datos objeto de reutilización, puede ser de máxima importancia recurrir a las evaluaciones de impacto, como lo recomendaba el G29²⁰³ y como lo afirma el considerando 53²⁰⁴ de la directiva 2019/1024/UE. De hecho, este trabajo permitirá justificar legalmente la divulgación de los datos y delimitará al responsable del tratamiento. Es una forma de responsabilidad que involucra a todas las personas que van a tener una influencia en un tratamiento o varios tratamientos determinados, siguiendo esta lógica de protección de la privacidad desde el diseño, reconocido en el artículo 25 del RGPD. De hecho, se relaciona con el principio afirmado en la Directiva 2019/1024/UE, relativo a la creación *“de datos basados en el principio de “abiertos desde el diseño y por defecto”*²⁰⁵. Esto fue previamente reconocido por la doctrina²⁰⁶ y por ejemplo en Francia en la LRN²⁰⁷. Además, en un informe dirigido al senado francés, los *rapporteurs* establecen en sus recomendaciones principios semejantes a la *Privacy by Design* expresando que: *“prévoir dès la conception de la base, dans la perspective de sa possible ouverture les modalités de son anonymisation éventuelle, le cas échéant, le marquage des jeux de données afin d’être en mesure de suivre les réutilisations éventuelles et dénoncer les mésusages”*²⁰⁸. **La Directiva 2019/1024/UE consagra por lo tanto una filosofía ya presente en el mundo digital desde hace más de una década, y que favorece una colaboración entre todos los actores del ecosistema de los datos abierto con el fin de determinar los riesgos con antelación y de adoptar un comportamiento proactivo.**

Aun así, esta voluntad de protección eficiente de los datos puede no ser sencilla dado que el riesgo cero²⁰⁹ no existe. Por lo tanto, las medidas de anonimización²¹⁰ serán de máxima importancia, pero hay que ser consciente que puede existir un riesgo de error. Así habrá que ser cauto con las posibles inferencias con otros datos de las que podrían extraerse informaciones personales. A este efecto, existen guías puestas a disposición por las autoridades de protección de datos, como por ejemplo

203 Cit., G29, “Opinion 6/2013...”, p.6: *“In particular, the WP29 strongly recommends that a thorough data protection impact assessment should be carried out by the public-sector body before it makes available personal data for reuse”*.

204 A la hora de tomar decisiones sobre el alcance y las condiciones de la reutilización de documentos del sector público que contengan datos personales, por ejemplo, en el sector de la salud, podrá ser necesario efectuar evaluaciones de impacto en materia de protección de datos de conformidad con el artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679.

205 RGPD, considerando 16.

206 Cit., LEE, “Licensing Open Government...”, p.213: *“Many believe that it is a general principle that government data should be openly and freely available online, whereas the non-disclosure of government data should be an exception”*.

207 LRN, art.6. Conviene destacar el Décret n°2016-1922 du 28 décembre 2016 y el Décret n°2017-638 du 27 avril 2017.

208 GORCE. (G.) ; PILLET. (F.), Rapport d’information, sur l’open data et la protection de la vie privée, Sénat, p.77.

209 MALLET-POUJOL. (N.), “La protection des données personnelles à l’épreuve de l’open data des décisions de justice : l’exemple des données des justiciables”, *Revue pratique de la prospective et de l’innovation* n° 1, Avril 2018, dossier 4.

210 O’HARA.(K.), “Transparent Government Not Transparent Citizens, A report on privacy and transparency for the Cabinet office” :<https://assets.publishing.service.gov.uk/>.

p.37: *“To anonymize a dataset is to manipulate the data in order to make it very difficult to identify the data subjects. Typically, this is done by diluting the information content, making the dataset less specific. The most obvious ways to do this are to remove identifying information from the set (suppression), to aggregate it, or and to abstract”*.

en Francia por la CNIL²¹¹. Se pone de manifiesto que es importante identificar los datos identificativos directos que facilitarán la identificación. Más tarde, de distinguir las informaciones que tienen un valor directo y las que pueden suprimirse, así como la finura de las informaciones y las prioridades que quieren alcanzarse con éstas. Haciendo referencia al informe del G29²¹², la CNIL dice que es importante que los métodos utilizados como la aleatorización o bien la generalización, no permitan la individualización, la correlación o bien la inferencia con respecto a informaciones de un mismo individuo²¹³.

El interés de la anonimización es que, en teoría, no puede volverse a identificar a la persona. Por lo tanto, no se aplica la normativa sobre protección de datos a éstos. Sin embargo, pueden existir riesgos de re-identificación²¹⁴, que están aún más presentes hoy en día con el mundo del *Big Data*, que facilitan las inferencias, lo que puede conllevar a la creación de datos personales²¹⁵. Pueden, por lo tanto, existir riesgos de *profiling* por parte de las entidades privadas, especialmente para fines publicitarias²¹⁶.

Aparte de estas técnicas y fuera de los supuestos de anonimización, puede ser útil mencionar que pueden existir diferentes tipos de puesta a disposición de los datos²¹⁷, es decir, restringiendo la accesibilidad a un grupo reducido de personas o bien con restricciones de utilización. Estos dos casos tienen que ser excepcionales. La anonimización puede igualmente recurrirse con el fin de asegurar cierta protección, lo que no exime del respeto de la legislación sobre protección de datos, a la pseudonimización²¹⁸. El artículo 4.5 del RGPD define este proceso como el: *“tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable.”* Ahora bien, cabe destacar que será solamente un primer paso hacia la protección y que en el ámbito del Open Data la anonimización parece ser el proceso técnico el más seguro. A tal efecto, tiene que indicarse que la Directiva 2019/1024/UE incluye en los costes admisibles para las tarifas, los relativos a la anonimización.

La cuestión de la protección de los datos personales ocupa una importancia peculiar en materia de

211 CNIL, L'anonymisation des données, un traitement clé pour l'open data, 17 octobre 2019, <https://www.cnil.fr/fr/lanonymisation-des-donnees-un-traitement-cle-pour-lopen-data>

CNIL - CADA, Guide pratique de la publication et la réutilisation des données publiques, 17 octobre 2019, <https://www.cnil.fr/>.

212 G29, “Opinion 05/2014 on Anonymization Techniques, WP 216, 10 April 2014.

213 Ibid.not.212.

214 Cit., O'HARA, “Review on ...”, p.39: En este informe, la autora se refiere por ejemplo a los trabajos de una investigadora americana Latanya Sweeney que realizó una experimentación utilizando datos de saludos anonimizados juntados con los nombres de un registro de la población. Consiguió a demostrar que se podían vincular los primeros a los segundos mediante inferencias basadas en la utilización de la fecha de nacimiento, el código postal.

215 Cit., G29, “Opinion 6/2013...”, p.16.

216 Cit., G29, “Opinion 6/2013...”, p.13.

217 Ver ZUIDERVEEN BORGESIU. (F.); GRAY. (J.); VAN EECHOUD. (M.), “Open Data, Privacy, and Fair Information Principles: Towards a Balancing Framework”, 30 *Berkeley Tech. L.J.* 2073 (2015).

218 Cit.G29, “Opinion 05/2014 on Anonymization Techniques”, p.20: “replacing one attribute (typically a unique attribute) in a record by another.” Ver igualmente RGPD considerando 28.

Open Data. Con el fin de demostrar su relevancia desde la vertiente práctica, nos parece oportuno interesarse por el Open Data de las decisiones judiciales.

Existe en Francia, desde la LRN, la voluntad de poner a disposición más documentos judiciales y en concreto todas las sentencias de primera y segunda instancia²¹⁹ lo que constituye una cuestión de gran interés²²⁰. Debe observarse en primer lugar que los datos de la jurisprudencia no son documentos administrativos²²¹, lo que significa que podrían enmarcarse dentro de este movimiento de apertura de los documentos de la administración. De hecho, este movimiento es favorable para el justiciable dado que va a poder tener acceso a nuevos documentos, y puede reforzar sus derechos de defensa, al mismo tiempo que la transparencia de la justicia. En Francia existe el sitio *Legifrance*²²² que recoge una gran parte de la doctrina jurisprudencial pero no es completa dado que hay en Francia más de 3,9 millones de decisiones de justicia²²³.

Visto el enfoque de nuestro estudio en el impacto de la digitalización en la sociedad europea del siglo XXI desde la perspectiva del Open Data, es necesario hacer referencia a un informe de las decisiones de justicia²²⁴, donde los expertos mencionan que va a remodelar el mercado y destacan la importancia de las *legaltech*. La definición de estas herramientas no es sencilla y puede definirse como: *“todas las tecnologías al servicio del derecho”*²²⁵. Pueden proponer diferentes tipos de servicios como en materia de *“redacción de actos jurídicos a la información, herramientas de análisis destinadas a los particulares o bien en materia de privacy tech (...) o civic tech (...)”*²²⁶. Las soluciones propuestas pueden tener vertientes positivas, en cuanto a la accesibilidad a la justicia, a la mejora de las prestaciones de los profesionales y a la armonización de dicho sector al respecto de

219 LRN, artículos 20 y 21. El artículo 20 dispone que : *“L’article L. 10 du code de justice administrative est complété par quatre alinéas ainsi rédigés : « Ces jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées. « Cette mise à disposition du public est précédée d’une analyse du risque de ré-identification des personnes. « Les articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l’administration sont également applicables à la réutilisation des informations publiques figurant dans ces jugements. « Un décret en Conseil d’Etat fixe, pour les jugements de premier ressort, d’appel ou de cassation, les conditions d’application du présent article”*. Por su parte se destaca del artículo 21 la necesidad de respetar el derecho a la vida privada de los justiciables : *“cette mise à disposition du public est précédée d’une analyse du risque de ré-identification”*.

220 Livre Blanc sur l’Open Data jurisprudentiel, synthèse des travaux du programme Open “Case Law”, Janvier 2017: <https://openlaw.fr/>. Guiraud-Lame, Administradora *Open Law* menciona que : *“Ouvrir les données juridiques et les données de jurisprudence en particulier, c’est ouvrir un immense terrain de jeu pour l’application des techniques les plus avancées de traitement des données”*, p.9.

221 CADA, séance du 27/07/2010 : *“(…)les arrêts et jugements judiciaires ne constituent pas des documents administratifs communicables en vertu de l’article 2 de la loi du 17 juillet 1978 (CE, 7 mai 2010, Bertin) Toutefois, il résulte de l’article 11-3 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 que les tiers sont en droit de se faire délivrer copie des jugements prononcés publiquement. La commission en déduit que l’accès à ces jugements constitue un droit pour toute personne et que ces derniers sont donc constitués d’informations publiques au sens de l’article 10 de la loi du 17 juillet 1978”*.

222 Décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l’internet.

223 Entrepreneurs d’intérêt général, Open Justice- Ouvrir la jurisprudence par la pseudonymisation des données, <https://entrepreneur-interet-general.etalab.gouv.fr/>.

224 BARBONNEAU. (M) ; COUSTET. (T), “Open data des décisions de justice : le casse-tête judiciaire du 21 siècle”, Dalloz, actualité, 10 janvier 2018.

225 ANDRY. (C.), Les legal tech ne sont plus disruptives, elles sont nécessaires, Village Justice, 21 mars 2018, <https://www.village-justice.com/>;

226 Ibid.not.225.

la justicia rendida²²⁷. Ahora bien, crean igualmente temores en el mundo jurídico dado que algunos expertos predican que esta revolución tecnológica va a afectar de manera directa la práctica de la profesión de la abogacía por ejemplo, con el reemplazamiento de ciertas actividades, visto el coste de prestación del servicio más bajo: *“the Boston Consulting Group suggest that legal-technology solutions could perform as much as 30–50 percent of tasks carried out by junior lawyers today”*.²²⁸ Ahora bien, pueden matizarse estas cifras porque el sector de las *legaltech* sigue siendo muy nuevo y dominado por *start ups* (por ejemplo en Francia tuvimos una agrupación de *start ups* del sector para crear “French Legal Tech” para proponer soluciones competitivas ante otros actores del mundo²²⁹). Con el fin de reglamentar estas tecnologías se incluye una disposición dedicada a las *legaltech* en la Ley de programación 2018-2022 de reforma de la justicia en Francia que suscitó cuestiones de constitucionalidad, planteadas ante el *Conseil constitutionnel*²³⁰. En una decisión del 21 de marzo de 2019 consideró conforme a la Constitución aquella disposición²³¹ estimando en su párrafo 27 que el artículo solamente propone ofertas de servicios en línea al respecto de *“prestations de conciliation, de médiation ou d’arbitrage”*. Así, a la luz del carácter optativo de estos modelos de reglamento establece que : *“Elles n’ont ni pour objet ni pour effet de limiter l’accès au juge et ne créent aucune différence de traitement des justiciables. Dès lors, le grief tirée de la méconnaissance du principe d’égalité devant la justice doit être écarté”* ²³².

Existen muchos temores en relación con el carácter predictivo que podría tener la justicia con las *legal tech* y en particular en cuanto a la protección de las personas del cuerpo judicial mencionadas en la sentencia. Ante estos miedos, el artículo 33 de la ley de programación de la justicia impone un límite a su privacidad. De hecho, se prohíbe cualquier utilización de los datos de identidad de los magistrados y del cuerpo de secretario judicial para fines estadísticos, Infringir esta primera prohibición puede conllevar la imposición de una sanción penal²³³. Ahora bien, pueden existir dudas en cuanto al carácter limitado de esta provisión; de hecho podría plantearse la cuestión siguiente **¿que podría ocurrir si se realiza un uso interno escondido²³⁴ de estos datos?**

227 SAUREL. (A.), Quel avenir pour les LegalTech en France, Affiches Parisiennes, 11 janvier 2019, <https://www.affiches-parisiennes.com/quel-avenir-pour-les-legaltech-en-france-8649.html>

228 Boston Consulting Group / Bucerius Law School, How Legal Technology Will Change the Business of Law, January 2016, p. 3, <https://www.legalbusinessworld.com/>.

229 KTITAREFF. (M.), Les Legal Tech vont bouleverser Le système judiciaire Mondial, Forbes, 7 janvier 2020, <https://www.forbes.fr/>.

230 Conseil constitutionnel, Décision n°2019-778 DC, 21 mars 2019. DE MONTECLER. (M.-C.), “Censure partielle de la réforme de la justice”, AJDA 2019, p.663. MB. « Le conseil constitutionnel censure plusieurs dispositions du projet de loi Justice », Dalloz actualité, 4 octobre 2019.

231 CASSAR. (B.), “Reconnaissance constitutionnelle de la transformation numérique du monde juridique : de l’open data aux Legal Tech”, Wolters Kluwer, 27 mars 2019.

232 Cit., Conseil constitutionnel, Décision n°2019-778, p.27.

233 Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 de réforme pour la justice qui modifie le paragraphe 4 de l’article L.153-1 du Code de Commerce, art.33 : « Les données d’identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l’objet d’une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d’évaluer, d’analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés. »

234 MORELL.(J.), “Francia prohíbe el uso de Legaltech para predecir las decisiones de los jueces”, Consejo General de la Abogacía Española, 10 de junio de 2019, <https://www.abogacia.es/>

Siguiendo con la problemática de las decisiones judiciales y el tema de la protección de los datos personales, se ha hecho en la ley de programación de la justicia una diferencia entre las partes y los jueces²³⁵, previéndose una anonimización por defecto para las partes y la situación contraria para los jueces²³⁶. Se destacó en concreto la enmienda n°CL914²³⁷ que fue adoptada. Hoy en día, el debate sigue siendo muy interesante, especialmente en cuanto a la puesta en aplicación de las medidas previstas en la ley adoptada²³⁸ como lo destacó la primera presidenta de la Corte de Casación francesa el viernes 6 de septiembre de 2019²³⁹. De hecho, la *Cour de cassation* francesa está muy involucrada en este proceso y va a apoyar la construcción de una autoridad de regulación específica²⁴⁰ encargada en particular de asegurar la regulación y el control: “*tant des algorithmes utilisés pour l’exploitation de la base de données des décisions de justices que de la réutilisation des informations qu’elle contient*”²⁴¹.

En particular, cabe referirse al artículo 33 de la ley para conocer el régimen jurídico de esta cuestión²⁴². Es importante destacar la voluntad de protección del derecho a la vida privada de las personas mencionadas en la sentencia²⁴³. La publicación de sus nombres está prevista salvo casos donde podría vulnerarse su vida privada. Antes de la adopción de los decretos relativos a la apertura de las decisiones de justicia el ministro de justicia afirmó en la respuesta a una pregunta del diputado Jean-Noël Barrot (cuestión n°17936)²⁴⁴ que se pondrá en

235 DEUMIER. (P.), “L’open data des magistrats : une petite histoire législative”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2019, p. 72.

236 COUSTET. (T.), Open data : les députés déverrouillent l’anonymisation des décisions, *Dalloz actualité*, 9 novembre 2018

237 Enmienda n°CL914: “I. – Substituer à l’alinéa 5 les deux alinéas suivants: «Sous réserve des dispositions particulières qui régissent l’accès aux décisions de justice et leur publicité, les jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique. « Par dérogation au premier alinéa, les nom et prénom des personnes physiques mentionnées dans le jugement, lorsqu’elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d’identifier les parties, les tiers, les magistrats et les fonctionnaires de greffe. »

II. – En conséquence, au début de l’alinéa 12, substituer aux mots :

« Sans préjudice »

Les mots :

« Sous réserve ».

III. – En conséquence, rédiger ainsi l’alinéa 13 :

« Les nom et prénom des personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu’elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d’identifier les parties, les tiers, les magistrats et les fonctionnaires de greffe. » <http://www.assemblee-nationale.fr/>

238 Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 de réforme pour la justice.

239 BABONNEAU. (M.), “Open data : la Cour de cassation toujours “particulièrement engagée” dans cette mission, *Dalloz actualité*, 9 septembre 2019. Propos de Mme la Première Présidente de la Cour de cassation : “*la Cour de cassation est particulièrement engagée dans cette mission puisqu’à l’instar du Conseil d’État, et chacun pour son ordre juridictionnel respectif, elle se prépare à se voir confier le pilotage des dispositifs de collecte automatisée des décisions de justice ainsi que la gestion des bases de données ainsi constituées, leur traitement et la diffusion de l’ensemble de la production judiciaire française*”.

240 COUSTET. (T.), “Open data judiciaire : le CNB et la Cour de cassation réclament la création d’une instance de régulation”, *Dalloz actualité*, 20 mars 2019.

241 Déclaration commune Cour de cassation – Conseil national des barreaux, 25 mars 2019, relativa a la organización del Open Data de las decisiones de justicia, <https://www.courdecassation.fr/>

242 LARTIGUE. (M.), « Open data : l’Arlésienne qu’il voudrait se (dé)matérialiser », *Gaz. Pal.*, 2 avril 2019, n° 346t6, p. 5.

243 Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 de réforme pour la justice, art. 33.II.2° y IV.2°. Se quiere fomentar aquí el recurso a la pseudonimización.

244 BARROT. (J.N.), Question au gouvernement, 15ème législature, question n°17936, <http://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15->

marcha cuanto antes posible y que están preocupado por esta cuestión : *“Conscient de l’enjeu que représente la publication en ligne des décisions de justice en terme de transparence pour les citoyens mais aussi en terme de diffusion du droit et de création de services par le secteur privé, le ministère de la justice est attaché à assurer la diffusion la plus complète possible des décisions de justice, et ce dans les meilleurs délais”*²⁴⁵.

En cuanto a la protección de los datos de los abogados, conviene poner de relieve la resolución del *Comité National des Barreaux* francés de los 14 y 15 de junio de 2019²⁴⁶. De hecho, destaca la necesidad de una aplicación semejante de las reglas para los magistrados a los abogados²⁴⁷. Lo que llama la atención es que no se menciona nada de la anonimización de los datos de los abogados, como se destaca de una lectura conjunta de los artículos L.111-13 y L 111-14 del *Code de l’Organisation Judiciaire* francés (en adelante COJ).

El 13 de diciembre de 2019 se presentó la propuesta de proyecto de decreto²⁴⁸ que va ordenar el Open Data de las decisiones de justicia en Francia²⁴⁹, y que tiene, entre otras peculiaridades, la armonización de los procedimientos dentro de cada orden jurisdiccional: *“fixe les règles d’occultation qui devront être suivies ainsi que les modalités de recours”*²⁵⁰. En el orden administrativo, es el *Conseil d’État* el responsable de la puesta en marcha del Open Data. En virtud del artículo R.741-13 du *Code de la Justice Administrative* (en adelante CJA), se establece una regla según la cual las decisiones de las jurisdicciones de dicho orden deberán estar puestas a disposición del público en un plazo de 2 meses a partir de su fecha de dictamen. Se prevé una modalidad de ocultación de los datos que no permite identificar las personas físicas que ostentan la calidad de partes o terceros: *“si leur divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect del vie privée de ces personnes ou à ceux de leur entourage.”* Se prevé un régimen similar para los miembros del cuerpo judicial²⁵¹. Según el artículo R.741-14 CJA, existe una vía de recurso que se interpone ante un miembro del *Conseil d’État* designado por el vicepresidente una solicitud de ocultación o de cancelación de la ocultación de los elementos de identificación. Este recurso tiene que ejercerse de manera proporcionada y debe ser resuelto en un plazo de dos meses. Se prevé un derecho de entrega de copias de las decisiones a los terceros, con reglas de ocultación de los datos identificativos. Las mismas reglas de ocultación que las expuestas arriba (artículos R.741-14 y R.741-13 CJA) se aplican cuando se entrega una copia a un tercero.

17936QE.htm.

245 Réponse à la question n°17936, <http://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-17936QE.htm>

246 Conseil National des Barreaux, Résolution du Conseil National des Barreaux portant sur l’Open data des décisions de justice, 14 et 15 juin 2019, <https://www.dalloz-actualite.fr/>. En la resolución se dispone que se requiere : *“qu’un traitement identique soit réservé aux données d’identité des avocats dans le cadre de la diffusion des décisions de justice en open data”*.

247 COUSTET. (T.), “Open data : Le CNB réclame l’anonymat des avocats”, *Dalloz actualité*, 27 juin 2019.

248 Projet de décret relatif à la mise à la disposition des décisions des juridictions judiciaires et administratives pour l’application des dispositions de l’article 33 de la loi n°2019-22 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

249 BABONNEAU. (M.), “Open Data des décisions de justice : le projet de décret”, *Dalloz Actualité*, 2 décembre 2019.

250 Ministère de la Justice, Projet de décret relatif à l’open data des décisions de justice, 13 décembre 2019, justice.gouv.fr/.

251 Proposition de décret relatif à l’open data des décisions de justice, art.R.741-13: *“Si leur divulgation présente le même risque à l’égard des membres du Conseil d’État, des magistrats, des agents de greffe ou de l’entourage de ces personnes, leurs noms et prénoms, ainsi que les éléments permettant de les identifier, sont occultés, selon le cas, sur décision du président de la section du contentieux du Conseil d’État, du président de la cour administrative d’appel ou du président du tribunal administratif”*.

En el ordenamiento judicial, es la *Cour de Cassation* la responsable del Open Data de las decisiones judiciales para este ordenamiento jurisdiccional. Se propone añadir un capítulo III al título 1 del libro 1 del COJ, según el cual, deben respetarse las modalidades de puesta a disposición mencionadas en un reglamento o una ley. La decisión de ocultar los datos identificativos de las personas físicas cuando son partes o terceros será tomada por el presidente del juicio o bien el magistrado que haya conocido el caso. En cuanto a la ocultación de los datos identificativos de los miembros del cuerpo judicial, es tomada por el presidente de la jurisdicción que haya fallado. En cuanto a los datos de los funcionarios del “*parquet*” el poder de decisión recae en el “*ministerio fiscal*” que forma parte de la jurisdicción que haya conocido del asunto. Las decisiones de justicia objeto del Open Data tendrá que ser puesta a disposición en un máximo de 6 meses a partir de su puesta a disposición al secretariado judicial. Los recursos se ejercerán de acuerdo con las modalidades previstas en el artículo R.111-11 COJ. Tiene que destacarse que el servicio de documentación y de información de la *Cour de cassation* que es responsable de la base de datos que recopila las decisiones de primera y segunda instancia con el objeto de facilitar su puesta a disposición. Además, la entrega de copia a terceros tiene que respetar las prescripciones de los artículos R.111-10 y R.111-11 COJ en cuanto a la ocultación de los datos identificativos. En virtud del artículo 1441 del *Code de Procédure civile* se prevé que serán los miembros del secretario judicial que tendrán que proceder a la ocultación: “*de los datos identificativos de las personas físicas cuando son partes o terceros si la divulgación tiene por objeto de menoscabar la seguridad o la privacidad de estas personas o las de su alrededor*”. En cuanto a la vía de recurso, este artículo dispone que: “*le recours dirigí contre la décision d’occultation ou la demande de lev e d’occultation est port e devant le président de la juridiction auprès de laquelle celui-ci exerce ses fonctions*”.

En el ordenamiento penal, se procede a una modificación del artículo R.156 del *Code de Procédure Pénale* (en adelante CPP): “*se pueden entregar las copias a terceros, mediante pago de la tasa correspondiente, una copia integral de las decisiones de la Cour de Cassation, las decisiones de las jurisdicciones inferiores (primero o segunda instancia) cuando son definitivas y que el fallo ha sido público siguiendo un debate público*”. Ahora bien, el ministerio fiscal podrá decidir otorgar la entrega solamente después de haberse procedido “*a la ocultación o supresión de toda o parte de los motivos de la decisión cuando la comunicación de dichos datos identificativos o de los motivos puede menoscabar la seguridad, o la privacidad de las personas mencionadas en la decisión o de su entorno, los intereses fundamentales de la nación, el secreto medical, o los secretos en materia mercantil o industrial*.” Sin embargo, el ministerio fiscal podrá oponerse a la entrega mediante una decisión motivada, en tres situaciones: “*s’il s’agit d’une condamnation effac e par l’amnistie, la r habilitation ou la révision; S’il s’agit d’une condamnation prescrite; Si cette copie est susceptible d’ tre utilisée dans l’intention de nuire*”. Ahora bien, para un número de decisiones que son por naturaleza específicas, podrán ser entregadas después del visto bueno del “*ministerio fiscal*”, mediante decisión motivada después de la solicitud de un tercero que tiene un interés legítimo. No podrá ser entregada si no existe un interés legítimo o si la entrega puede menoscabar la eficacia de la encuesta, la presunción de inocencia o bien se refiere a uno de los tres escenarios presentados arriba. En aquellos casos,

tendrá que procederse a la ocultación de la decisión o de uno de los motivos. En cuanto a la entrega de las decisiones penales, se protegerán igualmente los datos de identificación de los jurados (para las *Cour d'assises*), y los asesores (para los *Tribunal pour enfant* y *Chambre de l'application des peines des cours d'appel*),

Cabe reflejar que esta propuesta de decreto ha sido ya criticada por el sindicato de magistrados franceses²⁵². El 6 de febrero de 2020 se emitió un aviso desfavorable mencionando que: *“attendu depuis plus de 3 ans, le projet de décret présenté par le ministère de la Justice reflète une absence totale de prise en compte du risque d'exploitation et de croisement des données personnelles sensibles contenues dans les décisions de justice”*²⁵³. Este sindicato critica el método seguido por el ministerio, porque considera que tendrían que crearse de manera adecuada los aplicativos para poder realmente desarrollar el Open Data de manera práctica e efectiva. Considera que puede tardar muchos años antes de tener aplicativos realmente operativos, lo que puede retrasar de manera desproporcionada la entrada en vigor de este decreto. Esto puede ponerse de relieve con la respuesta a la pregunta formulada por el diputado Daniel Labaronne por parte del Ministro de Justicia: *“e volume inédit et la sensibilité particulière des données qui seront traitées par le ministère de la Justice avant la diffusion des décisions de justice nécessite des évolutions complexes des infrastructures et applicatifs, afin de garantir l'exhaustivité et la qualité des informations accessibles et protéger les données à caractère personnel”*²⁵⁴. Propone un decreto marco y después una aplicación muy pragmática en función de los sectores determinados con el fin de asegurar la protección de la vida privada. Además, sugieren una reflexión sistémica sobre las decisiones de justicia con el fin de analizar las partes que tendrán que ocultarse. Para este colectivo, el mayor peligro recae en la posible interconexión de datos. Por lo tanto, requieren: *“la mise en place de groupes de travail sous l'égide des cours suprêmes, auxquels des représentants de la CNIL devraient être associés, afin d'établir un cadre sérieux et concerté pour la mise en place d'un Open Data respectueux des libertés fondamentales”*²⁵⁵. Además, ponen de manifiesto los desafíos prácticos en cuanto a la carga de trabajo y subrayan igualmente que: *“ce qui constitue la plus grande difficulté, pour le syndicat de la magistrature, c'est vraiment l'occultation des mentions qui permettraient de ne pas pouvoir identifier les personnes par d'autres biais”*²⁵⁶, otra posibilidad sería razonar por tipo de asunto. Se estima que existe *“absence totale de prise en compte du risque d'exploitation et de croisement des données personnelles sensibles contenues dans les décisions de justice”*

²⁵⁷. Por lo tanto, temen una justicia predictiva si no se anonimizan los nombres de los magistrados²⁵⁸.

252 Communiqué commun pour un retrait du projet de décret sur l'open data, 6 février 2020, <https://interco.cfdt.fr/>.

MARRAUD DES GROTTE. (G.), “Open data : les syndicats de magistrats réclament le retrait du projet de décret”, *Lamyline Actualités du droit*, 7 février 2020, <https://www.actualitesdudroit.fr/>.

253 Ibid.not.252.

254 LABARONNE. (D.), Question n°20535, Assemblée Nationale, 15ème Législature, <http://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-20535QE.htm>

255 Ibid.not.252.

256 Ibid.not.252.

257 GARNERIE. (L.), “Open data : magistrats et greffiers disent stop”, *Gaz. Pal*, 11 févr. 2020, n° 370 n°4, p.7.

258 LENA. (M.), “Open Data : un équilibre délicat”, *AJ Pénal* 2020, p.4

Para facilitar el entendimiento de este régimen jurídico, cabe destacar la aportación de la decisión de la *Cour d'Appel* de París del 25 de junio de 2019²⁵⁹ donde se aclara sobre la distinción entre Open Data de las decisiones judiciales y el acceso a la copia por un tercero²⁶⁰. En otros términos, entre el Open Access y el Open Data. Así, hay que hacer una diferencia: *“d’une part, celui gouvernant la mise à disposition du public des décisions de justice a titre gratuit sous forme électronique gouvernée par l’article L.111-13 du code de l’organisation judiciaire, correspondant à la mise en œuvre de l’Open Data par le greffe prévu par le nouvel article L.111-14 du même code - d’autre part, celui correspondant à la délivrance aux tiers des copies des décisions de justice”*²⁶¹.

A continuación, cabe interesarse a una cuestión que hubo al respecto del artículo L.111-14 COJ y de su constitucionalidad. El Consejo constitucional francés considera que no son contrarios a los artículos 6 y 16 de la DDHC : *“Dès lors, la première phrase du quatrième alinéa de l’article L. 10 du code de justice administrative et la première phrase du troisième alinéa de l’article L.111-13 du code de l’organisation judiciaire, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution.”*²⁶². Los dos primeros apartados del artículo L.111-14 por su parte : *“ne méconnaissent ni le droit au respect de la vie privée, ni les libertés d’opinion, d’expression et de communication, ni aucune autre exigence constitutionnelle”*²⁶³.

En España, el Open Data de la jurisprudencia se desarrolló al igual que en Francia, y mediante la base de datos CENDOJ. Aunque la legislación esté menos desarrollada que en Francia, cabe decir de los desafíos que son semejantes. Primero, cabe destacar el Reglamento sobre Reutilización de Sentencias y otras resoluciones judiciales que había adoptado el Consejo General del Poder Judicial²⁶⁴ que tenía por objeto según el artículo 1.1 regular: *“el régimen jurídico aplicable a la reutilización de las sentencias resoluciones judiciales”*. Ahora bien, este reglamento ha sido anulado por el Tribunal Supremo en una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 28 de octubre de 2011 por carecer de competencia para adoptar este texto²⁶⁵, pero contando con votos particulares que discrepan palmariamente con este pronunciamiento.

De todos modos, hay que poner de manifiesto que, con el Open Data de las decisiones judiciales, el sector jurídico estaría más abierto hacia el mundo y podrá mejorarse el trabajo de los jueces y de los abogados gracias a la integración de nuevas variantes en la reflexión jurídica, así como nuevas herramientas. Esta mutación del trabajo diario de los profesionales del derecho favorecerá *in fine* la

259 Cour d'appel de paris, pôle 2, ch.1ere, n°19/04407, 25 juin 2019, <https://www.dalloz-actualite.fr/>.

Ver igualmente Cour d'appel de Douai, 21 janvier 2019, n°18/0665, <https://www.doctrine.fr/>.

260 CASSAR. (B.), “La distinction entre l’open data et l’accès aux décisions de justice”, Dalloz actualité, 19 juillet 2019.

261 Cour d'appel de paris, pôle 2, ch.1ere, n°19/04407, 25 juin 2019.

262 Cit. Conseil constitutionnel, Décision n°2019-778, para.95.

263 Cit. Conseil constitutionnel, Décision n°2019-778, para.101.

264 Acuerdo de 28 de octubre de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

265 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Especial, de 28 de octubre de 2011, *“ni la evolución normativa de reformas de los Art. 110 y 107.10 de L.O.P.J. permiten sostener una potestad reglamentaria del CGPJ “ad extra” de su ámbito institucional, que pueda extenderse a la regulación de actuaciones de sujetos ajenos a ese ámbito institucional”*.

efectividad de la jurisprudencia. De modo ilustrativo y en relación con las *legaltech* y la actualidad jurídica en Francia puede hacerse referencia a la creación en Francia de la plataforma Datajust²⁶⁶ dedicada al tratamiento de datos, bajo la responsabilidad del ministerio de justicia, Datajust : “ayant pour finalité le développement d’un algorithme devant servir à :

- 1° La réalisation d’évaluations rétrospectives et prospectives des politiques publiques en matière de responsabilité civile ou administrative ;
- 2° L’élaboration d’un référentiel indicatif d’indemnisation des préjudices corporels ;
- 3° L’information des parties et l’aide à l’évaluation du montant de l’indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges ;
- 4° L’information ou la documentation des juges appelés à statuer sur des demandes d’indemnisation des préjudices corporels.²⁶⁷

Los datos personales procesados serán los de las sentencias de apelación durante el periodo del 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2019 : “*par les juridictions administratives et les formations civiles des juridictions judiciaires dans les seuls contentieux portant sur l’indemnisation des préjudices corporels.*”²⁶⁸. En relación con esta protección, la CNIL puso de manifiesto en una deliberación del 9 de enero de 2020 que: “*une attention particulière devra être portée aux évolutions envisagées de l’algorithme et plus particulièrement à la présence d’éventuels biais (pratiques discriminatoires liées par exemple à l’origine ethnique, au genre ou encore à la situation géographique)*”. Así como, a los principios marcos en materia de protección de datos. Cabe destacar que antes de la comunicación de las decisiones de justicia “*qui seront transmises par la Cour de cassation et le Conseil d’État feront en principe l’objet d’une pseudonymisation partielle avant l’eut transmission au ministère*”. La creación de DataJust demuestra la voluntad del Estado de no dejar al margen del poder público, en particular en mano de los entes privados, el poder en este proceso de digitalización de la justicia con eventualmente la idea de proponer una alternativa.

Así pues, esta preocupación en cuanto a la publicación de las decisiones y a la necesaria anonimización de un conjunto de datos con el fin en particular de proteger la integridad del derecho ante los peligros de la justicia predictiva nos puede hacer cuestionar sobre el papel del derecho en nuestra sociedad del siglo XXI, a la vista de una clasificación de las tecnologías propuesta por el profesor Calzolaio²⁶⁹ que distingue entre: “*la technologie de soutien (...), la technologie substitutive, (...) et la technologie perturbatrice*”²⁷⁰. Es el tercer tipo que puede representar las situaciones las más peligrosas²⁷¹ porque permitiría realmente prevenir las carencias de un sistema jurisdiccional

266 Décret n°2020-356 du 27 mars 2020 portant création d’un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Data Just ».

CRICHTON. (C.), “Création de Data Just, un algorithme prédictif d’évaluation du préjudice”, Dalloz IP/IT, p.209.

267 Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020, art.1.

268 Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020, art 2.

269 CALZOLAIO. (E.), “Intelligence artificielle et décisions de justice : dans une perspective comparatiste”, *Revue Lamy Droit civil*, N° 175, 1er novembre 2019.

270 Cit., Calzolaio, “Intelligence artificielle...”, p.4.

271 Cit., CALZOLAIO, “Intelligence artificielle...”, p.4: «*L’intelligence artificielle peut en effet créer des modèles de décision pouvant être*

en comparación con otro. Como lo destaca el profesor Calzolaio, esta justicia predictiva para los juristas de *civil law* puede perturbar la práctica judicial, menoscabando el principio esencial de la “*sacrosanta independencia del juez*”²⁷². Además, se asemejaría este sistema al de *common law*, donde los hechos de un caso anterior guían la resolución de un caso posterior. Al fin y al cabo, podría desarrollarse “*una cultura del precedente*”²⁷³ en los sistemas de *civil law* en los que hay un mayor número de sentencias y menos *técnicas específicas* que en el sistema de *common law*. **Podemos por lo tanto preguntarnos si la justicia predictiva, y en menor medida la utilización de la inteligencia artificial, puede menoscabar el principio de autoridad relativa de la cosa juzgada**²⁷⁴. Así entre tecnología, *legaltech* y justicia predictiva puede ser muy importante guardar en mente la necesidad de humanidad de la justicia. Igualmente, en este proceso conviene traer a colación la recomendación del Consejo de Europa publicada el 8 de abril de 2020 titulada: *Recommandations sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l’homme*. Entre otros principios marcos que se mencionan en este documento, se pone de relieve la utilidad de recurrir al principio de precaución y requiere a los Estados: “*que la conception, le développement et le déploiement de systèmes offrent aux individus la possibilité d’être informés à l’avance du traitement des données et de contrôler leur interopérabilité*”²⁷⁵. Por lo tanto, recurrir a este principio²⁷⁶ podría permitir una adaptación de la justicia al entorno digital de manera humana y ética.

CONCLUSIONES

El Open Data tiende a favorecer la transparencia²⁷⁷ administrativa como ha sido demostrado en el análisis, lo que tiene como plusvalía acercar al ciudadano el poder público, permitiéndole entender las razones y las finalidades de las decisiones públicas. De hecho, en un mundo donde los ciudadanos se sienten cada vez más lejos del centro de decisión, este movimiento tiene que ser preservado y facilitado. El ejemplo característico es el de la UE, donde la gente no entiende su funcionamiento, refiriéndose a un ente ubicado en Bruselas. Sin embargo, dicho estudio permitió poner de relieve que el legislador europeo y los poderes públicos se preocupan de fomentar una mejor transparencia y una mejor gobernanza a nivel de la UE. Esta preocupación es compartida a escala mundial y existe una voluntad de adaptar la administración a los desafíos del siglo XXI. Adaptación tanto legal, como práctica, que pudo reflejarse a través de este estudio sobre el Open Data entre Francia y España.

utilisés pour juger un cas”.

272 PECAUT RIVOLIER. (L.) ; ROBIN. (S.), “Justice et Intelligence artificielle, préparer demain : regards croisés d’une juriste et d’un mathématicien”, *IP/IT et communication*, 20 avril 2020.

273 Cit., CALZOLAIO, “Intelligence artificielle...”, p8 : “(le juriste continental) se trouvera plongé dans une dimension toujours plus jurisprudentielle du droit, avec des effets sur le plan du style judiciaire, aussi bien que sur la conception elle-même du droit”.

274 Cit., PECAUT RIVOLIER et., « Justice et ... ».

275 PASTOR. (J.M.), “Les algorithmes et les droits de l’homme”, *AJDA* 2020, p.760.

276 Cit., BOIX PALOP, “Los algoritmos son...”, p.227.

Ver para un desarrollo sobre el principio de precaución social y su vínculo con la mala administración, PONCE SOLE. (J.), “La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, (6),2018.

277 FERRER SAPENA. (A.); PESET. (F.); BENAVENT –ALEIXANDRE. (R.), “Acceso a los datos públicos y su reutilización: open data y open government”, *El Profesional de la Información*, vol. 20 (3) 2011, 259-268. [http:// dx.doi.org/10.3145/epi.2011.may.03](http://dx.doi.org/10.3145/epi.2011.may.03)

En particular, pudo destacarse una evolución de la normativa hacia una más amplia reutilización de los datos abiertos con la creación de oportunas plataformas donde los juegos de datos están disponibles. Sin embargo, la revolución del Open Data deseada no es todavía la esperada. Podemos notar que el movimiento está encontrando obstáculos importantes, en particular, en el ámbito de la protección de datos personales donde nuevos métodos fundados sobre modernas metodologías representan nuevos peligros. Aun así, debe observarse que, aunque exista en todos los nuevos movimientos detractores que se enfoquen únicamente en los límites y que una de las cuestiones esenciales es relativa a la reutilización de los datos abiertos para que produzcan realmente un interés, **no es la tesis que quiso defenderse en este estudio, ya que es la basada en las plusvalías y en la necesidad de desarrollar políticas de Open Data efectivas.** De hecho, el Open Data ofrece grandes posibilidades para la sociedad europea en particular cuando se vincula con las técnicas de inteligencia artificial²⁷⁸ éticas²⁷⁹. Por consiguiente, conviene observar la necesidad de desarrollar verdaderos programas de “*Open Data governance*” a la hora de construir plataformas digitales que van a permitir el desarrollo de nuevas aplicaciones inteligentes.

La inteligencia artificial puede permitir ofrecer nuevos servicios a los ciudadanos, por ejemplo, en cuanto a los servicios de meteorología para los agricultores, mejorar los transportes públicos, así como guiar los poderes en las elecciones²⁸⁰. De manera ilustrativa pueden mencionarse iniciativas que demuestran como la tecnología vinculada a este movimiento de apertura puede mejorar el bienestar de la gente²⁸¹ con el ejemplo de las “*Smart cities*”²⁸². Un ejemplo entre otros es el estudio realizado por investigadores en un distrito de Lima (San Isidoro). Querían desarrollar una aplicación que facilitaría a los peatones informaciones sobre “*la mejor vía que seguir en una situación dada*”²⁸³. Tenían voluntad de indicar la mejor vía teniendo en cuenta los peligros del recorrido. El interés de este estudio recae en la utilización de fuentes de Open Data. Con el fin de llegar a este objetivo tuvieron que añadir otros componentes y luego aplicar las tecnologías de Big Data. De manera esquemática realizaron previamente operaciones sobre los datos extraídos que proceden del “*public safety control*” que son informaciones relativas a los acontecimientos que ocurrieron en la ciudad tales como fuegos, accidentes de tráfico, accidentes domésticos, después realizaron operaciones de pre-tratamiento, y aplicaron modelos matemáticos con el fin de obtener patrones. Así pues, con estos modelos, podían aplicar los “*machine learning models*”²⁸⁴.

278 VILANI. (C), Donner un Sens à l’Intelligence Artificielle, Pour une stratégie nationale et européenne, mars 2018, <https://www.researchgate.net/>.

279 Comisión europea, COM (2018)237 final, Inteligencia artificial para Europa, p.3.

280 LUDLOW. (D.), “Shaping Common Ground in Urban Sustainability? Smart City Governance, Common Ground for Integrated Urban Management”, Urban Europe, 2016, <https://jpi-urbaneurope.eu/>.

281

282 ABAKER. (I), HASHEM. (T); CHANG.(V) y otros, “The role of big data in smart city”, *International Journal of Information Management*, <https://eprints.soton.ac.uk>. p.1-2: “The key enabler of these smart city applications is possibly the lot in which everyday objects and devices are connected to the network technologies”.

283 BRAVO ROCCA.(G.); CASTILLO-CARA.(M.); ARIAS LEVANO.(R.); HERRERA VILLEGAS.(J.), OROZCO BARBOSA.(L.), “Citizen security using machine learning algorithms through open data”, 8th IEEE Latin-American Conference on Communications (LATINCOM),15-17 Nov.2016, p.1, <https://ieeexplore.ieee.org/>.

284 Cit., BRAVO ROCCA, “Citizen Security on...”, p.4: “Basically, Machine Learning models are building algorithms than can learn from data, IA, algorithms that learn with experience to make predictions”.

Este ejemplo es ilustrativo, primero, de la existencia de un importante vínculo entre las *Smart cities* y el Open Data²⁸⁵, y, segundo, de la necesidad de perseguir los avances y los trabajos tanto en el sector del Open Data como en el de la inteligencia artificial, y sobre todo, fomentar las iniciativas de trabajo conjunto tanto entre países como a escala europea, **dado que podría permitir mejorar de manera sustancial el bienestar de los ciudadanos, que es uno de los objetivos de los Estados europeos**. Con el fin de perseguir estos avances, por lo menos en Europa, va a ser de máxima importancia el papel de la nueva Comisión europea presidida por Úrsula Von der Leyen. De hecho, la digitalización y la voluntad de colocar a la UE dentro de los líderes en la economía de los datos es uno de los desafíos del nuevo colegio. En su discurso ante el Parlamento europeo, estableció de manera relevante un vínculo entre innovación y Open Data, o más bien, las potencialidades que existen: *“we must make use of the knowledge that is hiding within this unused data. We must establish a framework to enable governments and companies to share data and to pool it securely. I cannot imagine anyone better able to develop such a data strategy than Thierry Breton”*²⁸⁶. Esta misión fue encargada a Thierry Breton que tiene por ambición hacer de la UE un campeón digital en cuanto al *“management analysis of data from factories, transport energy and healthcare”*²⁸⁷.

La idea de crear un mercado único digital para los datos es uno de los objetivos principales para los cinco próximos años que permitirá a la UE generar un verdadero ecosistema de *“excelencia y de confianza”*²⁸⁸. En este entorno, la cuestión de la accesibilidad a los datos para los ciudadanos **es un objetivo primordial**²⁸⁹ porque es en particular en las relaciones entre los datos del sector público y del sector empresarial donde existen grandes posibilidades. En este camino, los primeros resultados se lograrán con la nueva directiva 2019/1024/UE pero en el futuro tendrán que mejorarse las *“condiciones de reutilización en toda la Unión Europea”*²⁹⁰. Un ejemplo característico, como lo refleja la Comisión europea, son los datos en materia de salud con fines de investigación. Además, en relación con nuestro estudio cabe decir que la nueva Comisión europea se fija como objetivo asistir y asegurarse que los Estados miembros implementarán de manera adecuada la nueva directiva 2019/1024/UE.

Así, la UE quiere explotar todas las potencialidades ofrecidas por todos estos datos, lo que se destaca palmariamente del libro blanco de la Comisión europea sobre inteligencia artificial: *“Europe and current future sustainable economic growth and societal wellbeing increasingly draws on value created by data”*²⁹¹ con el objetivo de fomentar su economía²⁹² y de mejorar el bienestar de los

285 VAN DER MULEN.(R.), “Developing Open Data Governance in Smart cities”, Gartner, 21 June 2016, <https://www.gartner.com/>.

286 Comisión europea, Speech by President-elect von der Leyen in the European Parliament Plenary on the presentation of her College of Commissioners and their programmer, 27 November 2019, <https://ec.europa.eu/>.

287 Euractiv, “Europe can win global battle for industrial data, Breton says”, 17 février 2020, <https://www.euractiv.com/>

288 Comisión europea, COM (2020)65final, p.3.

289 Comisión europea, COM (2020)66final, p.1: *“Citizens should be empowered to make better decisions based on insights gleaned from non-personal data. And that data should be available to all – whether public or private, big or small, start-up or giant”*.

290 Cit., Comisión europea, COM (2020)66final, p.7.

291 Cit., Comisión europea, COM (2020)65final, p.1.

292 HUYER. (E.), The Economic Impact of Open Data, Opportunities for value creation in Europe, European Data Portal, 2020, <https://www.europeandataportal.eu/>.

ciudadanos. De modo ilustrativo, ha sido calculado que: *“el mercado de datos abiertos en 2019 en la UE27+ es de aproximadamente 184.450 millones de euros”*²⁹³. Es lo que T.Breton sintetiza de manera muy relevante diciendo que: *“Europe has everything it takes to lead the “big data” race, and preserve its technological sovereignty, industrial leadership and economic competitiveness to the benefit of European consumers”*²⁹⁴.

Además de las tecnologías de inteligencia artificial, la UE tendrá que enfrentarse al desafío del intercambio de datos entre las empresas y los gobiernos. De hecho, las empresas disponen de una gran cuantía de datos con mucho valor añadido para facilitar la toma de decisión pública²⁹⁵. Se refiere por ejemplo aquí a los datos de comportamiento que, cruzados con los datos ya en manos de los poderes públicos, podrían informar y aclarar de manera más eficaz sobre: *“population movements, lifestyle changes, disease patterns and habits”*²⁹⁶. Pero otra vez más se tendrá que encontrar un equilibrio entre intereses privados y públicos y calificar de manera adecuada los datos de interés público. Una estrategia muy ambiciosa de la Comisión europea que tiene que ser reflejada, es la de valorizar los juegos de datos de alta calidad mediante la creación de: *“EU-wide common, interoperable data spaces in strategic sectors”*²⁹⁷, **lo que facilitará la reutilización de datos entre sectores y lo que mejorará la interoperabilidad y la gobernanza de datos**. Una política de esta índole optimizará los juegos de datos puestos a disposición en forma accesible y reutilizable, y el intercambio de datos entre empresas y gobiernos. Recientemente, la empresa Microsoft ha destacado la necesidad de incrementar el intercambio de datos entre los gobiernos y empresas para prevenir: *“what it warned would be a concentration of digital power in the hands of the US, China and a small number of giant tech companies”*²⁹⁸. Así, puso de relieve que colaboraría: *“with other organizations on opening some of its own data for wider use, while creating standardized tools and legal frameworks to make it easier for others to follow suit”*²⁹⁹.

Por todo ello, la UE tiene que apoyarse sobre su facultad de innovación en materia regulatoria y tecnológica para alcanzar la creación de un verdadero ecosistema europeo del Open Data, lo que originará el refuerzo de la transparencia de la decisión pública en la sociedad europea del siglo XXI.

293 Data.gob.es, Los datos abiertos, especialmente valiosos para la pequeña y mediana empresa, 31 de marzo de 2020, <https://datos.gob.es/>.

294 Comisión europea, Shaping Europe’s digital future: Commission presents strategies for data and Artificial Intelligence, 19 February 2020, <https://ec.europa.eu/>.

295 High-Level Expert Group on Business-to-Government (B2G) data sharing, “Towards a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest, European Commission, 2020, p.13, <https://www.euractiv.com/>.

296 Ibid.not.295., p.14.

297 Cit., Comisión europea, COM (2020)66final, p.16.

298 WATERS. (R.), Microsoft throws weight behind open data movement, Financial Times, 21 April 2020 <https://www.ft.com/>

299 Ibid.not.298.



www.icps.cat