

Rivista N°: 4/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 30/10/2015

AUTORE: Ida Angela Nicotra*

PAPEL Y FUNCIONES DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE ANTICORRUPCIÓN ITALIANA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y PREVENCIÓN DE FENÓMENOS DE CORRUPCIÓN**

La ley n. 114 de 2014 sobre las *“medidas urgentes para la simplificación y la transparencia administrativa y para la eficiencia de las oficinas judiciales”* atribuye a la Autoridad Nacional de Anticorrupción, para la evaluación y la transparencia, entre otras, la tarea de *“promover la cultura de la transparencia también por medio de los instrumentos de prevención y de lucha contra la corrupción”*. En particular, el artículo 19, inciso 15, transfiere a la Autoridad de Anticorrupción las funciones del Departamento de la Función Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros en materia de transparencia, sobre: *“la definición de los criterios, los modelos y los esquemas estándar para la organización, la codificación y la representación de documentos, de informaciones y de datos objeto de publicación obligatoria en virtud de la normativa en vigor, así como la organización de la sección “Administración Transparente”*.

La Autoridad Nacional Anticorrupción asume, por lo tanto, la misión institucional de organismo encargado de la prevención de fenómenos de corrupción, también a través de la difusión de la cultura de la transparencia.

El derecho a la transparencia entendido como un valor que impregna todo el ordenamiento jurídico se establece también en Italia como regla del procedimiento y de la organización administrativa a través de una serie de medidas legislativas que culminan, en primer lugar, en el Decreto Legislativo n. 33 de 14 de marzo 2013 por el que se establecen normas para: *“la reorganización de la disciplina que trata de las obligaciones de publicidad, transparencia y divulgación de informaciones por parte de las administraciones públicas”* y aún más reciente en el Decreto Legislativo n. 90 de 2014 convertido en la Ley n. 114.

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Catania – Componente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

** Relazione tenuta al XII Congresso Iberoamericano de derecho constitucional, “El diseno institucional democratico”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 16 – 18 settembre 2015.

La interpretación de las normas de transparencia proporciona un hecho irrefutable: la importancia dada en tiempos más recientes, al derecho de los ciudadanos a participar en la toma de decisiones de las instituciones públicas. En cabeza de las administraciones recae la obligación de asegurar el acceso de las informaciones a un número indeterminado de individuos y de difundirlas a través de sus sitios web institucionales. La transparencia, por lo tanto, se presenta al mismo tiempo bien sea como un fin para garantizar la *knowledgeability* (capacidad de conocer) de la acción administrativa, sea como medio para prevenir la violación de las reglas de competencia y evitar acuerdos ilegales o corruptos.

Consiste en una antigua aspiración (mencionada en el informe Giannini de 1975) para convertir la administración como si fuera una “*casa de paredes de cristal*”, abierta y colaborativa, en la que las instituciones proporcionan informaciones a los ciudadanos, independientemente de su interés jurídicamente relevante. La ley, de hecho, constituye una obligación real en cabeza de las administraciones públicas para publicar documentos, informaciones o datos e implica “*el derecho de toda persona a solicitar los mismos, en los casos en los cuales se omitió la publicación*” (art. 5 inciso 1, Dgls. 33/2013).

La disposición contenida en el art. 97 de la Constitución, donde se garantiza el cumplimiento de las normas de buen rendimiento e imparcialidad de la acción administrativa, está en el centro del marco institucional en el que el derecho al *knowledgeability* (capacidad de conocer) es requisito ineludible para una colaboración consciente de todos los ciudadanos a la atención del interés general.

El debate en torno al desarrollo de tales principios constitucionales encuentra su primera aplicación significativa con los institutos del derecho de acceso, del responsable del procedimiento administrativo y de la motivación introducidos con la Ley n. 241 de 1990. Con la L. n. 241 se abre una nueva temporada en la que el enfoque final del principio de transparencia marca el paso de la administración pública en cuanto autoridad a la – administración pública en cuanto servicio.

El *knowledgeability* (capacidad de conocer) y la información a los ciudadanos, por excepción, se convierte en la regla de acción de los poderes públicos. La claridad, la comprensibilidad y la calidad de la actividad administrativa se transforman en un ulterior medio de contraste al de los intereses personales o de grupo.

Sin embargo, el principio de transparencia en la fase actual de nuestro País adquiere una dimensión aún más significativa, solo que se refleja en el hecho que es una variación de la misma concepción liberal de los estados contemporáneos. Surge como un requisito previo a la disposición contenida en el artículo 1 de la Constitución, un resultado directo del principio de soberanía popular. La pertenencia de la soberanía al pueblo requiere de herramientas que hacen efectiva la participación de los ciudadanos en las decisiones políticas fundamentales que no pueden agotarse en la elección de los representantes en los distintos niveles de gobierno, pero permiten, también, un control sobre la actuación de los mismos.

Estamos en presencia de un gran avance del principio de transparencia, que debe desempeñar una tarea aún más penetrante y delicada no sólo de conocimientos con fines participativos, sino de control social generalizado por parte de los ciudadanos que ejercen

funciones públicas, sobre los resultados obtenidos y sobre el uso de los recursos humanos y económicos.

El derecho a la transparencia constituye - de conformidad con el art. 1, inciso 2, del Decreto Legislativo n. 33 – una variación del artículo 117, inciso 2, literal m) de la Constitución, integrando “*la identificación del nivel esencial de los servicios prestados por las administraciones públicas en aras de la transparencia, la prevención, la lucha contra la corrupción y la mala administración*”. La transparencia adquiere los perfiles de un nuevo derecho de ciudadanía: la accesibilidad total y los *open data* constituyen la frontera moderna de la democracia participativa en la que los ciudadanos interactúan de manera consciente con las instituciones.

Además, el principio de la transparencia constituye un elemento de disuasión frente a las comisiones de hechos corruptos, lo que llevó a la administración a poner en acción comportamientos legítimos y dirigidos al buen desempeño y a la imparcialidad. La transparencia se convierte en una oportunidad para la prevención de los fenómenos de corrupción y, de manera más general, de los casos de *mala administración*.

Esta disposición teórica se concretiza en la figura del acceso cívico, simplemente como resultado del Decreto Legislativo n. 33 de 14 de marzo de 2013. No sin razón, el acceso cívico se yuxtapone a la acción popular, en consideración de su capacidad de ser un medio de control social de las decisiones adoptadas por las instituciones. Y, de hecho, el mismo Decreto Legislativo establece que la transparencia entendida como accesibilidad total “*ayuda a poner en práctica el principio democrático y los principios constitucionales de igualdad, de imparcialidad, buen desempeño, responsabilidad, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos, integridad y lealtad, al servicio de la nación.*”

El acceso cívico se acoge, por primera vez, en el ordenamiento italiano y reconoce en cabeza de toda persona el derecho a conocer las informaciones y los datos por los cuales las administraciones públicas no han cumplido con la obligación de publicación. De preciso el nuevo instituto de acceso cívico es capaz de explicar la entidad de la distancia con respecto al derecho de acceso creado por la Ley núm. 241 de 1990; se trata de un cambio radical de perspectiva con el paso de un acceso cualificado y accionable sólo si está sirviendo a un interés jurídicamente relevante, concreto y actual, al derecho accionable (exigible) sin necesidad que la solicitud sea justificada y sin tener que probar la instrumentalidad entre las necesidades defensivas del individuo con el acto que se pretende conocer, asimilable a la acción popular¹. El Decreto Legislativo n.33 establece que la solicitud de acceso cívico “*no está sujeta a ninguna limitación en cuanto a la legitimidad subjetiva del solicitante, no debe ser motivada, es gratuita y debe ser presentada al titular responsable de la transparencia de la administración obligada a la publicación*” (artículo 5, inciso 2).

La ley establece la figura del responsable de la transparencia que debe proceder dentro de treinta días con la publicación del documento en el sitio web, la información y los

¹ F. PATRONI GRIFFI, *La transparencia de la administración pública entre accesibilidad plena y confidencialidad*, en *Federalismi.it* n. 8/2013, 7.

datos necesarios, y lo remitirá paralelamente al solicitante, o bien se debe comunicar la publicación hecha al mismo, indicando el hipervínculo a la solicitud.

Se crea, de esta manera, un derecho subjetivo real para conocer por parte de cualquier persona, frente a la obligación general de la administración para garantizar la publicidad de sus actividades.

Después de todo, hay un vínculo muy estricto entre los requisitos de divulgación y la lucha contra la corrupción: la transparencia permite verificar si la confianza que los gobernados han conferido a los gobernantes se mantiene para confirmar la relación fiduciaria, de lo contrario, la podrán revocar en las próximas elecciones electorales.

La disposición legal mencionada afirma expresamente que el principio de transparencia debe ser alcanzado “en el cumplimiento de las disposiciones en materia del secreto de Estado, del secreto de empresa, secreto estadístico y protección de datos personales” (art. 1, inciso 2). Como diciendo que el legislador, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución italiana, realizó un balance teniendo en cuenta todos los intereses dignos de protección y sin que ninguno de ellos sufra un sacrificio absoluto que termina anulando su relevancia constitucional.

Una interpretación cuidadosa de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo n. 33 requiere una aplicación de la misma, que permita hacer una elección entre el principio de transparencia y el derecho a la privacidad de la persona, consagrado expresamente en el art. 15 de la Constitución y calificado por la jurisprudencia constitucional como “invulnerable”. El principio de privacidad también tiene fundamento constitucional y el objeto de tutela de este derecho lo constituye la esfera de intimidad de la persona. Esta última debe ser protegida de las intrusiones de los demás que acaparan aspectos de su vida privada. En otras palabras, el derecho del individuo a la privacidad no puede ser sacrificado para satisfacer la curiosidad social, cuando del conocimiento de los hechos de un individuo no se deriva ninguna utilidad general. Como resultado del desarrollo tecnológico informático, de hecho, la recolección y tratamiento de datos personales son expuestos cada vez más al riesgo de divulgaciones perjudiciales de la libertad fundamental a la privacidad².

Una interpretación constitucional del decreto legislativo en cuestión constituye el enfoque correcto con el fin de evitar que la publicación de datos mediante la inserción en los sitios web institucionales y su difusión en la web constituye una forma injustificada de invasión del derecho inviolable a la protección de datos personales, también expresamente tutelada por el Derecho comunitario.

Así como no deja de señalar el Garante de privacidad acerca de los riesgos relacionados con el tratamiento de datos personales en la red: “*surgen aún más si tenemos en cuenta la sensibilidad de algunas informaciones y su fácil localización, una vez publicadas, gracias a los motores de búsqueda.*”

² Sobre el tema, entre otros, BIN – PITRUZZELLA, *Derecho constitucional*, Turín 2013, 496; I. NICOTRA, *Derecho público y constitucional*, Turín 2013, págs.102 ss.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1, 14, 15 y 22 del Decreto Legislativo n. 33 emerge la voluntad del legislador de hacer una gradación de los requisitos de publicación, sea en términos del número de sujetos involucrados, sea según el contenido de los actos que se publicarán: con la solicitud sólo para los titulares de cargos políticos de un deber de transparencia “fortalecido”, incluyendo la situación patrimonial (art. 14), y con la obligación en cabeza de las categorías de los sujetos enumerados en el art. 15 de publicar el currículum, la retribución y todos los demás elementos relacionados con la función ejercida, con excepción, únicamente, de la posición patrimonial. En particular, la disposición contenida en el art. 14 impone “ *a los titulares de cargos políticos, de carácter electivo o que de todos modos ejercen poderes de dirección política, a nivel estatal, regional y local*”³ la obligación de publicar el acto de nombramiento o de promulgación, indicando la duración del cargo o del cargo de elección popular; el programa de estudios, las retribuciones relacionadas con la toma de posesión y las declaraciones de renta también del cónyuge y de los parientes dentro del segundo grado, si los mismos lo permiten.

Es un juicio hecho “*ex ante*” por parte del mismo legislador y con base en el principio de proporcionalidad en relación con los fines de la transparencia que la misma disposición normativa pretende perseguir, también en espera de la invasividad de la publicación de los datos mediante la difusión en la web. Criterio de proporcionalidad estricta impuesto por la decisión “*Data Retention*”, 8 de abril de 2014 de la Corte de Justicia (en el caso de *Digital Rights Ireland Ltd contra Irlanda*) que, bajo investigación acerca de la necesidad de la medida frente a los objetivos perseguidos, precisa que la lucha contra la criminalidad y el terrorismo, ya que es un objetivo de interés general, no se justifica en cuanto tal, la comprensión del derecho a la privacidad. La Corte ha dicho que en una sociedad democrática una cierta medida no puede ser considerada necesaria, *sólo porque persigue un objetivo de interés general, sino que debe equilibrarse con los intereses en conflicto dignos de tutela*. Más específicamente, “*la garantía del derecho fundamental al respeto de la vida privada, admite derogaciones o limitaciones a la protección de los datos personales solamente en la medida en que los mismos sean estrictamente necesarios*”⁴.

³ El rasgo diferencial de los entes territoriales con respecto a otras entidades públicas radica en la relevancia política - administrativa; los entes territoriales establecen vínculos con sus comunidades, a través de la elección de los miembros de sus órganos por parte de la entera comunidad, de acuerdo con el principio democrático. (al respecto, la literatura es muy amplia, para todos, A. M. SANDULLI, *Manual de derecho administrativo*, Nápoles 1989, págs.368 ss.); *Derecho administrativo, vol. I*, coordinado por L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Monduzzi editor, 1993, págs.671 ss.). Fundando la legitimación en el principio democrático los entes territoriales constituyentes de la República, según lo dispuesto por el art.114 de la Constitución Política, son los únicos a los que se les reconoce el poder de dirección político – administrativo. De ello se desprende que el órgano de dirección política es una manifestación del ente caracterizado por la politicidad.

⁴ Ver O. PREVOSTI, *Tutela de la privacy como condición de la libertad: dos sentencias recientes de la Corte de Justicia de la Unión Europea en defensa de la privacidad individual*, en *Rivista AIC*, septiembre 2014, en particular págs.10 y 11.

A la luz de estas consideraciones, el sacrificio necesario para la tutela de datos muy personales (como la situación de la renta global, es decir no estrechamente atinente al cargo) de los titulares de los órganos de dirección política podría considerarse “no desproporcionado”, sólo si se refiere únicamente a los sujetos que ocupan cargos políticos, de carácter electivo o de todas formas que ejercen poderes de dirección política, porque sólo en contra de este últimos podría considerarse preeminente una exigencia de control de los asociados hacia sus representantes, titulares de cargos políticos de entes a nivel estatal, regional y local; que, por el contrario, parece ser del todo fuera de lugar cuando se aplica a las personas que desarrollan su actividad al servicio de entes no caracterizantes del requisito de politicidad⁵.

El Decreto legislativo n. 33, precisamente con el fin de alcanzar un equilibrio adecuado de los intereses involucrados en esa disciplina (transparencia y privacidad), acogió la noción tradicional de “los titulares de cargos políticos”, sin dar ninguna interpretación extensiva de la misma⁶.

Lo anterior concientes que la transparencia “*generalizada*” a través de la difusión de informaciones en internet puede abarcar datos sensibles “*sólo si está autorizada por dispo-*

⁵ En este sentido, parece difícil refutar la tesis, además pacíficamente sostenida por la doctrina, según la cual los órganos políticos son únicamente los previstos como tales por la Constitución, competentes para desempeñar la función de dirección política, que tiene como objetivo identificar, promover y aplicar los fines de interés general que atañen a la colectividad en su conjunto: Parlamento, Gobierno, a nivel central, los órganos de representación de las Regiones, las Provincias, los Municipios y las Ciudades Metropolitanas, a nivel periférico (arts. 55, 95, 114, 123 de la Constitución). Los Constituyentes, a propósito, acogieron la idea según la cual el carácter de la “politicidad” se reconoce sólo a los entes exponenciales de una colectividad asignada al territorio correspondiente. A saber, son los exponentes de un grupo (sociológicamente entendido) cuyo criterio de cohesión está dado por el lugar en el que se desenvuelve la vida de sus miembros. El ente exponencial es, por su vocación natural, un ente con finalidades generales. La Constitución reconoce la sustancia sociológica de los entes con finalidades generales. La politicidad se plasma en conferir a los entes territoriales, en respeto del principio de subsidiariedad, todas las funciones y las tareas administrativas relativas al cuidado de los intereses y a la promoción del desarrollo de las respectivas comunidades.

⁶ El legislador, por su parte, al aplicar la Constitución ha respaldado este enfoque; de hecho, sólo cuando ha considerado extender, de manera excepcional, el alcance de una disciplina normativa específica a sujetos públicos que no entran en la categoría de “*órganos de dirección política*” se encarga, ya en la introducción, en la parte que define la ley, por indicar que (sólo) para los fines de aplicación de esta disposición específica por “*los miembros de los órganos de dirección política*” se entiende: “*las personas que participan, de manera electiva o por nombramiento, a los órganos de dirección política de las administraciones centrales, regionales y locales, como el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro, el Viceministro, el Secretario de Estado o Comisionado extraordinario del Gobierno, previstos en el art. 11 de la Ley 23 de agosto de 1988 n.400, parlamentario, presidente de la junta o alcalde, asesor o concejal en las Regiones, las Provincias y los Municipios y en las formas de asociación de los entes locales, u órganos de dirección, entes públicos o entes de derecho privado en el control público, nacionales, regionales y locales*”. (tal como contemplado en el Decreto legislativo n. 39, 8 de abril de 2013, en materia de incompatibilidad y no conferibilidad, art. 1, inc. 2 °, literal f).

sición expresa de la ley”, en la que se especifican los tipos de datos, las operaciones ejecutables, las partes interesadas, los objetivos de relevante interés público perseguido⁷.

En ese sentido, el órgano garante de la protección de datos personales afirmó “la invisibilidad de la publicación mediante la difusión en la web, en comparación con una enorme masa de informaciones que en algunos casos pueden revelar aspectos, incluso íntimos, de la vida privada de las personas, sobre todo si se refiere al cónyuge, a los hijos y parientes, que son extraños al cargo público (para lo cual se evocan las posibles consecuencias sociales de una interpretación objetiva, si no tendenciosa, de los ingresos y de la consistencia patrimonial de los sujetos, especialmente en ámbitos territoriales restringidos y a los riesgos conexos de discriminación social)”⁸.

Aún así, en el mismo documento el órgano Garante señala que, incluso en el ámbito comunitario ha cogido fuerza la posición enunciada por la Corte de Justicia según la cual “*las instituciones antes de divulgar informaciones concernientes a una persona física, deben sopesar el interés de la Unión para garantizar la transparencia de sus acciones con la lesión de los derechos reconocidos por los arts. 7 y 8 de la Carta magna*”, ante la imposibilidad de hacer valer “*alguna prevalencia automática del objetivo de transparencia sobre el derecho a la protección de los datos personales, aunque estén involucrados intereses económicos relevantes*” (C-455/00, C-138/01, C-92/09 e 93/09).

Además, incluso la doctrina no ha dejado de señalar algunas de los principales cuestionamientos del actual texto de ley en donde el derecho a la *knowledgeability* de las informaciones puede terminar con “*favorecer, en lugar de la transparencia de la administración y la aplicación del derecho a la información, el ejercicio de una especie de “voyeurismo” administrativo por parte de quien tenga acceso a la web (...) El exceso de información disponible, (...) puede volverse un revuelo, dando origen a un recelo general de la administración, en lugar de promover la buena administración*”⁹.

El art. 15 del Decreto legislativo n. 33 describe los requisitos de publicación a que están obligados los titulares de cargos ejecutivos y de colaboración o asesoramiento: los detalles del acto de otorgamiento del cargo y los respectivos honorarios pagados, el currículum vitae y todos los datos relacionados con el ejercicio de cargos o con la titularidad de puestos en entes de derecho privado regulados o financiados por la administración pública.

Del mismo modo, la obligación de publicar está prevista por el art. 28 para la rendición de cuentas de los grupos de los consejos regionales y provinciales, con la evidencia de los fondos transferidos o asignados a cada grupo, indicando el título de transferimiento y del

⁷ ver, *Comisionado de la privacidad, directrices sobre el tratamiento de los datos personales contenidos en los actos y documentos administrativos, efectuados por entes públicos con finalidades de publicación y difusión en la web*, 2 de marzo de 2011.

⁸ Textualmente, un parecer del órgano Garante sobre un proyecto de decreto legislativo relativo a la reorganización de la disciplina relativa a las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de informaciones por parte de la administración pública, Registro de disposiciones normativas, n. 49 del 7 febrero 2013, 8).

⁹ Ver, M. BOMBARDELLI, *Entre recelo y participación: doble declinación del principio di trasparenza*, en *Instituciones del Federalismo*, 34, 2013, págs. 670, 671.

empleo de los recursos utilizados. La falta de publicación implica la reducción del 50% de los recursos para transferir o para asignar durante el año.

El Capítulo III del decreto se refiere, en concreto, a los requisitos de publicación concerniente el uso de los recursos públicos. Así, con el fin de garantizar la plena accesibilidad y comprensibilidad, las administraciones públicas están obligadas a revelar, en formato abierto, los datos relativos al presupuesto y el saldo final en forma sintética, agregada y simplificada, también con la ayuda de representaciones gráficas. Las administraciones también están obligados a publicar informaciones de identificación de los bienes inmuebles poseídos, así como las rentas de propiedad y de alquiler pagadas o recibidas. El objetivo de la norma es claro y va en la dirección de concretizar, el principio que impone justificar detalladamente la forma de uso de los recursos públicos, con el fin que los ciudadanos puedan verificar el cumplimiento de la regla de economicidad en el desempeño de los deberes institucionales de los entes.

Se afirma, además, la idea de formas cada vez más penetrantes de control difuso encaminadas a contrarrestar las zonas grises que aún persisten en las oficinas públicas. Este nuevo enfoque cultural tiene como objetivo involucrar a las administraciones públicas al interior de este innovador modelo de procedimiento.

El principio de transparencia se enriquece ulteriormente por lo dispuesto en el decreto que evidencia la necesidad que la información y los datos publicados han de ser cualitativamente adecuados a las finalidades de cognoscibilidad efectiva de los mismos. Integridad, actualización constante, facilidad de consulta y comprensibilidad son índices sintomáticos del nivel de calidad del flujo de información. La calidad de las informaciones también implica la conformidad con los documentos originales que obran en poder de la administración, la indicación de su proveniencia y su reutilización.