

Sebastian PEICHL

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA.
DEL ESTADO DE DERECHO A LA CONSTRUCCIÓN
DE UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL.

Trabajo Fin de Grado
dirigido por la
Dra. Immaculada GARRÓS FONT

Universitat Abat Oliba CEU
Facultad de Ciencias Sociales
Grado en Derecho

2017

DECLARACIÓN

El que suscribe declara que el material de este documento, que ahora presento, es fruto de mi propio trabajo. Cualquier ayuda recibida de otros ha sido citada y reconocida dentro de este documento. Hago esta declaración en el conocimiento de que un incumplimiento de las normas relativas a la presentación de trabajos puede llevar a graves consecuencias. Soy consciente de que el documento no será aceptado a menos que esta declaración haya sido entregada junto al mismo.

Firma:

Sebastian PEICHL

La oscuridad y el secretismo son los enemigos de las sociedades [...] Los servidores públicos deben operar bajo el ojo privado con el fin de evitar intrigas y cábalas desestabilizadoras.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU¹

A la Dra. Immaculada Garrós Font, por su inestimable dedicación y su rigor científico que han moldeado el presente trabajo.

A mis padres, sin los que nada de esto hubiera sido posible, por su ejemplo, su comprensión y su apoyo incondicional.

A mi pareja, por su continua y constante motivación e impulso.

A Santo Tomás de Aquino, patrono de los estudiantes.

¹ De León (2008, pp. 2)

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo principal demostrar la viabilidad jurídico-política de la efectiva integración de la transparencia y del acceso a la información pública, como herramienta democratizadora de todo Estado, así como demostrar el fundamento tanto jurídico como político de la construcción de este nuevo derecho fundamental. Con el examen inicial de literatura se ha construido el nexo entre transparencia y acceso a la información pública con la democracia, llegando a la conclusión de que se trata de una simbiosis innegable e inseparable. *A posteriori*, se han definido la transparencia y el acceso a la información pública de forma desacoplada para poder comprender todas las piezas que las componen. Tras una comparación de los principios inspiradores de la normativa a nivel europeo y español finalmente y, en base a los artículos 10.2, 20.1 a) y d) y 105 b) de la Constitución Española, el trabajo se ha concluido con la demostración del carácter fundamental de la transparencia y, comprendido en el marco de la libertad de recibir y comunicar información, del derecho de acceso a la información pública.

Palabras claves

transparencia – acceso a – información pública – democracia – corrupción – derecho fundamental – examen legal – España – Unión Europea

Resum

El present treball té com a objectiu principal demostrar la viabilitat jurídicopolítica de l'efectiva integració de la transparència i l'accés a la informació pública com a eina democratitzadora de tot Estat, així com demostrar el fonament tant jurídic com polític de la construcció d'aquest nou dret fonamental. Amb l'examen inicial de literatura s'ha construït el nexa entre transparència i accés a la informació pública amb la democràcia, arribant a la conclusió que es tracta d'una simbiosi innegable i inseparable. A posteriori s'han definit la transparència i l'accés a la informació pública de manera desvinculada per poder comprendre totes les peces que les componen. Després d'una comparació dels principis inspiradors de la normativa a nivell europeu i espanyol finalment i, en base als articles 10.2, 20.1 a) id) i 105 b) de la Constitució Espanyola, el treball s'ha conclòs amb la demostració del caràcter fonamental de la transparència i, comprès en el marc de la llibertat de rebre i comunicar informació, del dret d'accés a la informació pública.

Paraules claus

transparència – accés a – informació pública – democràcia – corrupció –
dret fonamental – examen legal – Espanya – Unió Europea

Abstract

The main objective of this paper is to demonstrate the legal and political feasibility of the effective integration of transparency and access to public information as a democratizing tool for every State, as well as to demonstrate the legal and political basis of the construction of this new fundamental right. With the initial examination of literature, the nexus between transparency and access to public information with democracy has been constructed, coming to the conclusion that it is an undeniable and inseparable symbiosis. Afterwards transparency and access to public information have been defined in a decoupled form to be able to understand all the pieces that make up this concept. After a comparison of the guiding principles of the legislation at European and Spanish level finally, and on the basis of Articles 10.2, 20.1 (a) and (d) and 105 (b) of the Spanish Constitution, work has been completed by demonstrating the fundamental nature of transparency and, within the framework of the freedom to receive and communicate information, the right of access to public information.

Keywords

transparency – access to – public information – democracy – corruption –
fundamental right – legal review – Spain – European Union

Sumario

Preámbulo	8
CAPÍTULO I. CUESTIONES DE FILOSOFÍA POLÍTICA: EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SU INDISOLUBLE VÍNCULO CON LA TRANSPARENCIA	
1. ¿Qué es el Estado?.....	10
1.1. El nacimiento del Estado – síntesis histórica	10
1.2. De los cambios en el rol del estado	11
1.3. El Estado en el plano internacional actual – una aproximación de iure	12
2. ¿Qué es la democracia y por qué implica transparencia?	14
2.1. El origen de la “democracia”	14
2.2. El Filósofo y la democracia de los atenienses	14
2.3. La interpretación bobbiana de la democracia – nexo con la transparencia ...	16
2.4. Gobierno de la ley o de las masas	18
2.5. Democracia liberal – ¿tout pour le peuple, rien par le peuple?.....	19
2.6. La participación ciudadana como eje de la democracia.....	21
2.7. Democracia, participación ciudadana y rendición de cuentas	22
2.8. Buena gobernanza: La transparencia como política pública.....	25
CAPÍTULO II. INVESTIGACIÓN TEÓRICA: LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	
1. ¿Qué es la transparencia?	28
1.1. Antecedentes históricos de la transparencia.....	28
1.2. Definición de transparencia – una aproximación	30
2. ¿Qué es el acceso a la información pública? Desacoplamiento y análisis individual	34
CAPÍTULO III. ANÁLISIS Y COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL: UNIÓN EUROPEA – REINO DE ESPAÑA.....	
1. Transparencia y acceso a la información pública en el derecho comunitario	38
1.1. Trasfondo histórico: La Constitución apaciguadora	38
1.2. Principios inspiradores de la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública en el derecho comunitario	40
2. Transparencia y acceso a la información pública en el derecho español	42
2.1. Trasfondo histórico: La constitución de la transición.....	42
2.2. Principios inspiradores de la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública en el derecho español	43

2.3. La Ley de “transparencia y acceso a la información pública” que nunca lo fue	46
2.4. Reflejo constitucional de la transparencia y el acceso a la información pública en el derecho español	47
2.4.1. El artículo 20.1 a) y d) CE: Fundamento constitucional de la transparencia y el acceso a la información pública	47
2.4.2. El artículo 105 b) CE – ¿derecho constitucional, fundamental o ambos?	51
3. Transparencia y acceso a la información pública: Europa vs. Reino de España ..	56
Epílogo.....	59
1. Recapitulación	59
2. Reflexión final	60
Bibliografía.....	62
1. General: manuales, publicaciones y revistas	62
2. Jurídica: normativa y jurisprudencia	66
3. Lingüística: consultas y etimología	68
Anexo – Listado de abreviaturas	69

Listado de figuras

Gráfico 1: Principios del gobierno abierto.....	26
Tabla 1: Listado histórico de implementación de leyes de transparencia y acceso a la información pública	29
Tabla 2: Equivalencia de principios inspiradores comunitarios y españoles	57

Preámbulo

Desde la trama Gürtel, el caso AVE y el escándalo del 3%, por citar solo algunos de los miles de casos e incontables sin descubrir en España, hasta Snowden y Manning, Wiki y Vatileaks en el plano internacional, la lucha por la transparencia y por el acercamiento de información a la ciudadanía parece estar más cerca y omnipresente que nunca. Se trata de una cuestión de cada vez mayor actualidad. La opacidad y sus consecuencias son innegables. No cabe duda de que la democracia siempre ha tenido que luchar contra ciertos lastres y crisis tales como desigualdades e injusticia, e incluso recortes de derechos humanos y sociales, además de otros más recientes como un grave déficit en educación y empleo, una confianza continuamente en caída y la manipulación instrumentalizada de la opinión pública. Sin embargo, no puede caber duda alguna de que uno de los lastres más peligrosos es, no única y exclusivamente por la mengua democrática, sino por su extensión metastásica y su difícil erradicación, la corrupción.

Por contra, tanto responsables políticos como *de iure* siguen negando su responsabilidad, exaltando la gran dificultad de incorporar legislación pertinente que halle el equilibrio entre lo público y lo no público, o incluso demorando y torpedeando el discurso en si.

Pese a todo ello, también existen países que han reconocido las oportunidades que conlleva toda crisis y han integrado la transparencia y el acceso a la información pública en el seno de su ordenamiento jurídico y social. A través de la redefinición de estas responsabilidades como herramienta de la buena gobernanza se ha inaugurado un nuevo modelo de Estado democrático que, por un lado, lucha por la erradicación de la corrupción y sus consecuencias mientras que, por el otro, fomenta posibilidades de participación ciudadana más justas.

El presente trabajo tiene como objetivo principal demostrar la viabilidad jurídico-política de la efectiva integración de la transparencia y el acceso a la información pública como herramienta democratizadora de todo Estado y, por último, contra la corrupción. Pretende ser una escueta guía universal de aplicación teórico-práctica para la definición de esta responsabilidad en el mundo jurídico-político y de su razón de ser, así como un ejemplo de inclusión de la misma. Todo ello sin entrar en contradicción con los derechos fundamentales o los fines del Estado democrático, sino todo lo contrario, demostrando el fundamento tanto jurídico como político de la construcción de este nuevo derecho fundamental.

Este trabajo se limita a la transparencia y al acceso a la información pública en relación a la democracia desde un punto de vista de la filosofía política y jurídico, excluyendo por tanto todas sus otras vertientes. Por la naturaleza de la cuestión no pretende ser exhaustivo.

A efectos de estructura, después de un planteamiento inaugural a nivel generalista, primero se definirá el nexo entre la transparencia y el acceso a la información pública con la democracia. Seguidamente se pretende llegar a la cuestión de fondo sobre la razón de ser de la transparencia y el acceso a la información pública en el plano jurídico-político. En este ámbito se hará especial hincapié en el caso español y, en concreto, en las bases constitucionales para la construcción de un nuevo derecho fundamental. A continuación, se procederá a un examen legal y una comparación entre el caso comunitario y español. Este trabajo cualitativo está basado en el método de la observación, la comparación de la literatura existente y el razonamiento, así como el estudio de caso en forma de análisis y comentario.

Es por ello que este trabajo tiene una notoria relevancia social a la hora de constatar que, sin duda alguna, es posible incluir y, por tanto, exigir estándares más altos en el mundo jurídico-político, lo que impulsaría los movimientos promotores y pondría bajo presión a los gobiernos. Asimismo, tiene una importante trascendencia económico-financiera al contribuir a la erradicación de la corrupción y al liberalizar el mercado para la justa competencia.

Summa summarum, se espera poder convertir esta crisis en una oportunidad para contribuir a la creación de interés por la transparencia y el acceso a la información pública y, según enuncia la famosa cita de Rousseau, a la caída de “los enemigos de las sociedades” en nombre de la recuperación de la confianza en las instituciones públicas, así como un Estado más transparente, justo y democrático.

CAPÍTULO I. CUESTIONES DE FILOSOFÍA POLÍTICA: EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SU INDISOLUBLE VÍNCULO CON LA TRANSPARENCIA

Ab initio y, antes de dedicarnos al verdadero núcleo del trabajo, es necesario destacar la relevancia de la temática tratada en el presente trabajo para todo Estado democrático de derecho. A tales efectos se expondrán y se argumentarán los fundamentos de la filosofía política pertinentes que se deben haber abordado para poder realizar y comprender el presente trabajo en toda su amplitud.

1. ¿Qué es el Estado?

1.1. *El nacimiento del Estado – síntesis histórica*

Primeramente y antes de poder analizar la transparencia y el acceso a la información pública, así como su relación con la democracia, se debe hacer constancia de una de las piezas clave del marco en el que se desarrollan: el Estado. En este contexto, tan numerosos como variados filósofos han reflexionado sobre la definición de Estado. Entre ellos, es inevitable citar a Thomas Hobbes como creador del leviatán, al positivista por excelencia, Hans Kelsen y a Max Weber por su ponderación del monopolio de la violencia. No obstante, este subepígrafe se ceñirá en la evolución histórica del concepto en sentido fáctico.

El Estado, en forma de organización socio-política de cierta entidad organizativa, aparece por primera vez en la antigua Mesopotamia y en Roma a través de la *res pública*. Más adelante, en la época feudal se sumaron otros elementos sustanciales que componen el estado en su acepción moderna, la conducción de la justicia e impositiva. Estos fueron consolidados con la total centralización que conllevó la llegada del absolutismo. A partir de sociedades agrarias y, pasando por la *polis* y la *res publica*, había nacido ese ente abstracto que reúne el dominio sobre la justicia y los tributos. Pero asimismo cabe destacar que también se extendía sobre lo religioso y lo legislativo, como bien enuncia el popular “*l'état c'est moi*”² atribuido a Luís XIV (Rowen, 1961). Sin embargo, no fue hasta el año 1531 cuando nació el concepto de Estado (moderno) de la mano de Nicolás Maquiavelo con la publicación de su famosa obra “El Príncipe” (Maquiavelo, 2009). Al eliminar el elemento teocrático de la justificación divina del monarca y de su poder, el italiano inaugura la etapa del pensamiento moderno en la que el Estado se concibe como algo creado

² Traducción: el Estado soy yo o yo soy el Estado.

artificialmente por el hombre. La etapa del pensamiento antiguo pronto llegaría a su fin. El vacío de poder que se creó fue ocupado por el concepto de soberanía propuesto por Bodin en su interpretación más radical posible (Bodin, 1576). (Flórez Ruiz, 2012)

Con la llegada de la República de Weimar en el año 1918, el filósofo y pensador alemán Hermann Heller inspiró primordialmente la constitución de la misma al postular la integración del elemento social en el Estado (Martín, 2011). En este sentido había nacido un nuevo modelo de Estado que liga la vertiente económico-impositiva con la social en ámbitos tales como la educación, la sanidad y lo laboral con el fin de, en su formulación más pesimista, mejorar la condición social de todos sus miembros o, en la más optimista, eliminar las desigualdades sociales. En la actualidad y, según enuncia Flórez Ruiz, el modelo de Estado más común en el mundo occidental y, en especial, en Europa, es el Estado social de derechos.

A modo de conclusión se puede deducir que el concepto de Estado, independientemente de sus numerosas y variadas definiciones, ha evolucionado a lo largo del tiempo. Lo que sin embargo tienen en común todas las definiciones es el hecho de que el Estado, como ente organizativo, ha aumentado paulatinamente su amplitud y calado en todos los ámbitos, desde el administrativo hasta el judicial.

1.2. De los cambios en el rol del estado

En natural reflejo de esta evolución y, en referencia al tema que se trata en este trabajo, cabe hacer especial mención e hincapié sobre ciertas características de dicha evolución en lo que concierne el rol que tenía asignado. Primeramente, se debe tener presente que el aparato estatal moderno ha nacido bajo una perspectiva económico-política de índole Estatocéntrica. Es por ello que el Estado no se reducía solo a la estructura a través de la cual se ejerce el poder y que se dedica a la administración de la justicia, sino que intervenía de forma tan constante y continua como profunda en el ámbito económico y político (Buesa & Pires, 2002). Como natural consecuencia, la economía actuaba de forma cada vez más ineficiente mientras que el gasto público y con ello la deuda pública explotaron. Asimismo, Buesa y Pires (2002) indican que, por un lado, la burocracia comenzó su largo camino para convertirse en un “monstruo” cada vez menos eficiente y eficaz; y por el otro, que la corrupción y el clientelismo florecían.

Precisamente por estas razones tanto la economía privada como instituciones no gubernamentales solicitaron la toma de urgentes y amplias reformas. En este sentido tuvieron lugar dos oleadas de propuestas de mejora para el ámbito

económico y político conocidas como de “primera” y de “segunda generación” (Mariel Inés, 2014, pp. 17). Por un lado, y desde un punto de vista económico, estas oleadas se centraron en el freno de la intervención estatal y la incentivación de la economía con medidas tales como la liberalización de precios y mercados, la privatización, reformas laborales, desregulación... Por el otro y, desde un punto de vista político, se solicitó una reforma del aparato estatal para lograr un control del gasto fiscal y una mejora del funcionamiento del sector público. Pero sobre todo y, más importante aún, por primera vez se discutió sobre una “administración abierta” (OCDE, 2005, p. 22), lo que equivale a discutir medidas de transparencia y de rendición de cuentas. Naturalmente no se debe olvidar que se trata de un primer acercamiento muy tímido a la materia, que se enfoca más a la libertad de información y a la presencia de la figura del Defensor del Pueblo que al acceso a la misma. No obstante, más adelante dichas medidas fueron conocidas como “new public management” (World Bank, 1997, p. 85) y popularizadas por su implantación en EE.UU.. Estas tenían como objetivo principal reestructurar el Estado, no única y exclusivamente con el fin de aumentar la eficiencia y eficacia de la gestión pública, sino de minimizar la burocracia, frenar el clientelismo y la corrupción, así como abrir el Estado hacia la transparencia y la rendición de cuentas, además de centrarlo en el ciudadano. (OCDE, 2005; World Bank, 1997)

En resumen, se puede decir que a lo largo de la historia no solo ha evolucionado la definición de Estado, sino también el rol que tiene asignado. Ha pasado de ser el mero impositor del dictamen de la Iglesia, del monarca o de la visión política que imperaba en el respectivo momento histórico hasta, finalmente, llegar a centrarse en sus propios ciudadanos. Hallándose actualmente en pleno proceso de adaptación y de reestructuración alrededor de las necesidades y exigencias de la ciudadanía, es inevitable plantearse las cuestiones de transparencia y de acceso a la información pública que trataremos en este trabajo.

1.3. El Estado en el plano internacional actual – una aproximación de iure³

En el ámbito del derecho y más concretamente del derecho internacional, se podría decir que, para una gran parte de la doctrina, entre ellos el profesor Miaja de la Muela, existe un Estado sin menester de un acto creador del mismo, sino cuando *de facto* reúna ciertas condiciones y alcanza a cumplir una serie de exigencias que los hacen efectivos en el plano internacional. Es por ello que el Estado se podría definir como sujeto de base territorial, que adquiere su personalidad jurídica en el

³ Subepígrafe basado en Miaja de la Muela (1976) y Díez de Velasco Vallejo (2007).

momentum del nacimiento en el que comience a desplegar su funcionalidad. Para ello debe reunir la siguiente serie de requisitos:

- Primeramente, precisa de *órganos de poder*, es decir de un gobierno que desempeñe sus funciones. Esto significa que necesita una estructura de poder formada por determinados organismos y competencias regladas para poder ejercer su poder. De esta forma refleja tanto su organización como su actividad política *ad intra* y *ad extra*.
- Asimismo, necesita de una población, lo que significa un conjunto de personas físicas sobre los que el estado ejerce poder político, independientemente de que sean nacionales o extranjeros. Sin destinatarios de la estructura ejerciente del poder político, es decir sin población, no puede existir Estado.
- Además, el Estado como sujeto de base territorial, exige de territorio. La estructura de poder urge de un determinado espacio físico determinado sobre el que ejercer su dominio. Esta circunscripción se extiende al subsuelo, al espacio aéreo y al mar territorial. Sin esta dimensión, el Estado se reduciría a un mero ente subordinado a otra autoridad.
- El cuarto y último requisito consiste en el disfrute de soberanía. Esto significa que el derecho al ejercicio de poder del ente debe emanar única y exclusivamente del mismo. La inmediatez de esta legitimación que nace total y absolutamente del propio ente es la que justifica el carácter independiente de un Estado. De esta manera el *stato* adquiere el status jurídico para ejercer lícitamente su poder de forma autónoma en el plano político interior y exterior.

Summa summarum, se puede concluir que, para que nazca, un Estado precisa de estos cuatro elementos en su conjunto, que se complementan y requieren el uno del otro. Además, cabe destacar una vez más que la emanación del Estado como tal no debe confundirse con el acto de reconocimiento del mismo, dado que se trata de una mera constatación formal de una situación de hecho que no necesariamente debe coincidir con esta.

2. ¿Qué es la democracia y por qué implica transparencia?

2.1. El origen de la “democracia”

Habiendo introducido el concepto de Estado como aparato desarrollador de la estructura del ejercicio del poder, ahora examinaremos la segunda pieza clave relevante a efectos del presente trabajo; la forma de organización político-social según la que se dispone el mismo. En este sentido y, por su exclusiva relevancia para el presente examen, el análisis se limitará a uno de los seis regímenes de la famosa clasificación de Aristóteles en virtud de la persecución del bien propio o común y del número de gobernantes, es decir, a la democracia.

Desde un enfoque etimológico, el término democracia nace entre el 470 y el 460 a. C. uniendo las raíces griegas *dêmos* (pueblo) y *krátos* (poder), conformando así ya gran parte de su propia definición. Cabe destacar que a finales del siglo VI *dêmos* ya significaba comunidad, sea una sola o el conjunto de todas. Mientras tanto Heródoto empleaba el término *isonomía* para designar ese mismo régimen. En función de la interpretación del análisis lingüístico puede significar reparto o ley, lo que se traduce en una igualdad de reparto o bien de derechos. En definitiva, se trata de una ineludible mención de la igualdad ante la ley. Aunque en sus inicios fue usada con una connotación negativa para designar a las clases bajas y reprimidas que querían menoscabar el poder para hacerse con el, se puede concluir que el término acabó designando la novedosa participación de los dominados en el dominio público que más adelante se convertiría en, como dice Guariglia (2010) la “forma [más] estable de gobierno, con instituciones afianzadas y procedimientos acordes con éstas”. (Guariglia, 2010)

2.2. El Filósofo y la democracia de los atenienses

Ab initio, cabe destacar que “«la historia de las ideas nunca es sólo la historia de las ideas; es también la historia de las instituciones, de la sociedad misma»” (Guariglia, 2010). En este sentido se debe señalar la creación, desarrollo y evolución de ciertas instituciones y sus funciones que acompañan la *demokratía*. Fue El Filósofo en su obra *Ética a Nicómaco* quién compiló por primera vez hacia finales del siglo V a. C. una colección y análisis de los distintos sistemas políticos. Según el número de los que gobiernan y del uso del poder para el bien común o propio los cataloga en monarquía, aristocracia y república y, sus respectivas desviaciones, tiranía, oligarquía y democracia. Lo que es menos conocido es que Aristóteles mismo era extranjero, razón por la que no gozaba de todos los derechos fundamentales que

conllevaba la ciudadanía. Menos conocido y, un tanto más curioso aún, es que fue El Filósofo el que redactó o, al menos supervisó, la elaboración de la primera constitución democrática, la constitución de la ciudad-estado de Atenas. Se debe subrayar que Aristóteles, partiendo del fundamento democrático de la igualdad de los hombres, aclara que “la *pólis* es el conjunto de sus ciudadanos. Por eso *politeía* significa tanto «constitución política» como «ciudadanía». Y no se dice la «constitución de Atenas», sino la «constitución de los atenienses»” (Feher). En esta destaca como núcleo precursor de lo que en la actualidad se entiende bajo derechos fundamentales que hacen posible que se desarrolle una democracia los siguientes (Rackham, 1952, capítulo 9, párrafo primero):

[...] la prohibición de hacer préstamos dando como garantía el propio cuerpo; luego, la admisión de presentar cargos contra quienes hayan cometido injusticias para todo aquel que desee hacerlo, y la tercera, que se considera aquella que más fortaleció al pueblo, es la apelación al tribunal popular, ya que, cuando el pueblo es dueño del guijarro se convierte en el dueño de la constitución.

Tal y como aparece *ut supra*, no podría ser más patente la alusión a la prohibición de la cosificación del ser humano, a la igualdad ante la justicia y la participación del poder que reside en la soberanía del pueblo. Aristóteles afirma que uno de los ejes de la democracia es la libertad, al ser el factor que posibilita el desarrollo de la democracia misma lo que significa votar y ser votado en iguales condiciones, así como en ausencia de cualquier forma de represalias. Continúa señalando que, partiendo de una igualdad numérica, es la mayoría la que legitima las decisiones y, por tanto, es soberana, lo que en efecto constituye el otro eje de la democracia (Rackham, 1944).

Aunque la antigua Atenas constituía un régimen aristocrático, dado que solo ciertas clases podrían ejercer los derechos de la ciudadanía tales como el voto y la representación de cargos públicos, el espíritu democrático es innegable. En lo que concierne las instituciones también se refleja. Así se debe citar a la Asamblea y al Consejo de los 500. La primera se formaba mensualmente o por cuestiones de urgencia y constituía el medio decisor sobre toda cuestión de índole tanto administrativa como legislativa en el que era posible la participación ciudadana directa. La segunda, permanente y en representación de todas las facciones de la ciudadanía, preparaba las cuestiones sobre las que tendría que decidir la Asamblea. En este sentido también cabe destacar el sometimiento a la ley de todos los ciudadanos y dirigentes, así como la representación de todos los grupos de la ciudadanía en la toma de decisiones (Rackham, 1952). (Guariglia, 2010)

Finalmente se debe recordar que Aristóteles calificaba la *politeia* como el régimen más deseable, es decir aquel en el que el pueblo gobierna en vistas del bien común, mientras que entendía la democracia como la tiranía de las clases bajas. Aún así defendía la democracia como el menor de los males dentro de los sistemas desviados, dado que cuantos más gobiernen, mejor será el gobierno. Sin embargo, cabe destacar que lo que Aristóteles designaba como *politeia* hoy día se conoce por democracia. La causa reside en el ya citado cambio de significado para pasar de una connotación negativa a una positiva, así como al hecho de que El Filósofo conoció la democracia ateniense en el cénit de su decadencia. (Os Rosais, 2009)

En resumen, se podría decir que en la antigua Atenas la democracia se ligaba a un eje tripartito; primeramente, ciertas libertades fundamentales que posibilitaban el desarrollo democrático, luego el paso de un estado teocéntrico a uno centrado en la propia ciudadanía en forma de, entre otros, la opción de participación directa en el gobierno por mayoría y, finalmente, instituciones afianzadas que siguen los principios inspirados por la constitución.

2.3. *La interpretación bobbiana de la democracia – nexa con la transparencia*

Para el italiano, la democracia se limita a un determinado conglomerado de normas que reglamentan quiénes y en qué manera toman las decisiones en una determinada forma de organización. Por un lado y, en lo que concierne ese primer elemento, Bobbio postula que son muchos de los que forman parte de la *dêmos* que deciden. Continúa precisando que, en términos generales, cuantos más miembros de la misma gocen de dicha facultad participativa en la toma de decisiones a través de su voto más democrático será el sistema. Por el otro y, respecto a la forma en la que se toman las decisiones, Bobbio constata que se han de tomar siempre por mayoría y que cuanto más amplia sea la misma mayor será su validez. En este sentido señala que lo ideal sería poder tomar decisiones por unanimidad, lo cual en un plano fáctico solo es posible en ámbitos muy reducidos y limitados. Además, apunta que tanto los que votan como los que pueden ser votados deben poder hacerlo en total y absoluta libertad, lo que no solo significa poder escoger entre más de una alternativa sin represalias, sino que se traduce en los derechos fundamentales y fundacionales de todo Estado democrático; entre otros, el derecho de libertad de expresión, de reunión o de asociación. Es por ello que el “[...] Estado [...] no sólo ejerce el poder *sub lege*,* sino que lo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos «inviolables» del individuo”.

Así Bobbio llega a la siguiente conclusión (1986, pp. 15-16):

[...] que el Estado liberal no solamente es el supuesto histórico sino también jurídico del Estado democrático. El Estado liberal y el Estado democrático son interdependientes en dos formas: 1) en la línea que va del liberalismo a la democracia, en el sentido de que son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático; 2) en la línea opuesta, la que va de la democracia al liberalismo, en el sentido de que es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales.

El italiano refleja en este pasaje que el Estado liberal y democrático forman una simbiosis, dado que la democracia no es posible sin la garantía de ciertas libertades, ni existe otro sistema político que garantice en la misma forma estas libertades. La demostración se halla en el hecho de que, en caso de desintegración, siempre colapsan ambos. Esto significa que, para el italiano, toda democracia debe desarrollarse dentro de un marco de normas en conjunción con el amparo de los derechos fundamentales para que esta pueda desarrollarse. Finalmente, cabe destacar que, a la hora de acotar la definición, no estima como relevante considerar la calidad de las decisiones tomadas lícitamente en sentido democrático como buenas o malas. Asimismo, llama la atención que ya denunció los lastres de la democracia tales como la tecnocracia, el alejamiento de pueblo y poder y otros ya citados en el prólogo. (Rodríguez-Aguilera de Prat, 1997; Bobbio, 1986)

Bobbio va incluso más allá de la mera relación entre democracia y libertades afirmando que tan solo a través del derecho es posible lograr el estado de paz. La razón para ello reside en que única y exclusivamente este es garante de los derechos fundamentales, “cuyas violaciones en todo el mundo son la causa principal de la violencia, de las guerras, del terrorismo” (Ferrajoli, 2005, pp. 33). Así también lo indica la UNESCO (1948, pp. 1) en la Declaración Universal de Derechos Humanos declarando que son “el fundamento de la paz en el mundo” así como la única forma de “evitar que el hombre se vea obligado a recurrir a la rebelión como última instancia contra opresión y la tiranía”.

Summa summarum, se puede despuntar que cuantos más tomen la decisión mayor validez tendrá descartando la unanimidad tan solo por su impracticabilidad real y la importancia de la garantía de ciertos derechos fundamentales sin los que el desarrollo de la democracia no es posible. Claros paralelismos con El Filósofo. No obstante, cabe destacar que el italiano va incluso más allá al afirmar que la democracia es el único sistema garante de las libertades individuales y, por tanto, de la paz.

2.4. Gobierno de la ley o de las masas

En la antigua Grecia, los numerosos conflictos y tensiones ponían a prueba continuamente a las ciudades(-estado) tanto a nivel interno como externo. Mientras que *ad extra* comprendía eminentemente conflictos bélicos y guerras comerciales, *ad intra* el reflejo de los primeros, así como los lastres del propio sistema habían creado desigualdades económico-sociales y tensiones por el surgimiento de nuevos estratos sociales. La así creada inestabilidad conllevó el peligro de sublevaciones e incluso de radicales cambios políticos como el desliz a una oligarquía tiránica o una democracia extrema en el sentido aristotélico. Es por ello que El filósofo examina los ejes del poder de todo Estado, la tripartición en poder ejecutivo, legislativo y judicial., que también se encontraban presentes ya en Atenas. Destaca entonces que en el *momentum* que una misma parte ostente el dominio sobre estas tres instituciones del poder, sublevará el orden constitucional y dominará el estado en su totalidad cual tirano. (Guariglia, 2010)

Para el presente debate entre los varios modelos de democracia que cataloga Aristóteles cabe destacar la que pone la soberanía del pueblo por encima de la ley en contraposición con la que la ley rige por encima de la soberanía popular. Dice El Filósofo que la soberanía del pueblo por encima de la ley equivale a la de los decretos sobre la misma, luego son los demagogos los que proliferan en ausencia de la ley. Cuando la soberanía popular rige por encima de la ley, lo que comienza como reinado del pueblo concluye como dictadura del mismo. El pueblo se convierte en el sentenciador que todo lo falla con total y absoluto libre albedrío o, mejor dicho, a su antojo. Es por ello que Aristóteles defiende que la máxima de todo régimen justo debe ser la ley, incluso por encima del pueblo y de sus dirigentes. Solo si la ley limita el poder del dirigente y del pueblo, asignándole a cada parte tan solo las decisiones pertinentes excluyendo las que no lo son, es posible garantizar evitar su apropiación indebida, su consecuente anulación y, en consecuencia, la de la constitución y del estado democrático mismo. (Cruz Prados, 2007)

Así pues, se puede decir que la democracia debería ser el gobierno de la ley por encima del de la muchedumbre, dado que solo así se puede garantizar un desarrollo democrático, así como los derechos fundamentales mismos.

2.5. Democracia liberal – *¿tout pour le peuple, rien par le peuple*⁴?

El famoso lema del despotismo ilustrado “tout pour le peuple, rien par le peuple” que surgió en la Europa del siglo XVIII, en concreto en Francia, ilustra a la perfección las cuestiones a las que se dedican las grandes preguntas por la democracia liberal o representativa, así como la participación ciudadana como tal. ¿Es posible una democracia sin participación ciudadana y, de no ser el caso, cómo debería desarrollarse la misma?

En la antigua Grecia la democracia era de índole claramente directa. La soberanía emanaba inmediatamente del pueblo, que podía participar de forma directa y sin mediador alguno con su voto en toda decisión que se tomaba en la Asamblea. *Ergo* tanto la titularidad como el ejercicio del poder radicaban en un mismo sujeto, el ciudadano (Nacif Hernández, Díaz Iturbe & Egren Moreno). Por cuestiones prácticas es autoexplicativo que dicho sistema solo puede funcionar en colectivos muy reducidos como lo fue en su día la ciudad-estado de Atenas. Asimismo, se debe tener en cuenta que los particulares también tienen otras obligaciones e intereses aparte de la política. Es por ello que con el surgimiento de organizaciones más amplias también cambió la forma en la que se toman las decisiones, pasando de una democracia directa a otros sistemas en los que el cisma de titularidad y ejercicio deviene inevitable. En este sentido fue cobrando cada vez más importancia la democracia de tipo representativo, en la que, como bien dice el propio nombre, la soberanía antes ejercida por el propio ciudadano ha pasado a ser ejercida por un agente que la desempeña en nombre de este que, a la vez, lo legitima periódicamente con su voto (Huntington, 1989). En las palabras de Abraham Lincoln: “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” (Lagasse & Columbia University, 2017), lo que significa que la soberanía popular emana del pueblo y se centra en el mismo. En ese sentido también argumenta Dahl (2015) definiendo la democracia por su servicio a la ciudadanía. (Mariel Inés, 2014)

Naturalmente, conducir el Estado en vistas del bien común también es posible, tal y como ya se afirmó en el despotismo ilustrado, sin el pueblo, es decir sin cargos electos y sin parlamentarismo. Pero partiendo del fundamento de la igualdad de todo ser humano, el único régimen que tiene cabida es la democracia representativa en la que todo cargo político es elegido por sufragio universal y el poder es fiscalizado por la ley. (Rodríguez López, 2010)

Otro elemento clave de todo régimen democrático es la segunda vía de fiscalización, es decir de control, del poder vía la participación ciudadana. Se trata de garantizar

⁴ Traducción: todo por o para el pueblo, pero sin el pueblo.

que el cargo electo trabaje en vistas del bien común de la forma que los ciudadanos creen más apropiada, lo que se refiere tanto a los objetivos políticos como la forma de implementación de los mismos (Pitkin, 1972). Este control se ejerce por antonomasia a través del voto en las elecciones de representantes públicos.⁵

Por contras, no se debe olvidar señalar que, igual que todo régimen, también la democracia conlleva ciertas deficiencias y peligros. En este sentido destaca la reducción de la capacidad de autodecisión al ser desempeñada por los representantes políticos, la creciente egolatría de los partidos y sus candidatos en vez de los ideales políticos que deberían ostentar, y el desinterés cada vez mayor en contraste con la disminución de la confianza en las instituciones. Estos factores se ven especialmente reforzados por el descontento general y las exigencias por más democracia. Precisamente por esas razones hay quien, como entre otros Kelsen y Weber, reivindican el aumento del uso de referéndums para lograr una mayor legitimación de las decisiones tomadas, así como para crear un incentivo a la participación ciudadana. Tal y como defiende Bobbio, esta opción no puede sustituir ni si quiera parcialmente el sistema parlamentario. Conllevaría una paralización de las instituciones, una grave falta de disputa entre los decisores además del hecho de que la elaboración de la pregunta sería un continuo objeto de discusión, además de partidaria. Otrosí, se debe plantear la validez de todo referéndum que no alcance a la mayoría de la población. Aún así es innegable que parece un instrumento que puntualmente podría complementar a la democracia parlamentaria en cuanto se trate de decisiones de decisiva importancia para el país (como, a modo de ejemplo, el “Brexit”). Asimismo, en pleno siglo XXI las TIC vuelven a hacer posible una democracia cuanto menos más directa y participativa aún cuando se trate de grandes conjuntos, factor que por lo tanto podría volver a cobrar más importancia aunque naturalmente conlleva no única y exclusivamente las ventajas ya citadas, sino además ciertos peligros. (Pérez Alberdi, 2008; Rodríguez-Aguilera de Prat, 1997)

Summa summarum, se podría decir que la democracia ha experimentado varias formas de participación ciudadana. En sus primeros días la más directa de ellas, que hasta la actualidad ha perdido su viabilidad por cuestiones de practicabilidad, así como por la existencia de otras obligaciones fuera de lo político de todo ciudadano. Es por ello y por la fundamental igualdad de todo ser humano que la democracia representativa no parece tener alternativa. Resumiendo, el “todo por o para el pueblo, pero sin el pueblo” ha quedado reemplazado por el “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo” (Lagasse & Columbia University, 2017).

⁵ La participación ciudadana será abordada en detalle en el próximo subepígrafe.

2.6. La participación ciudadana como eje de la democracia

La participación ciudadana del régimen democrático se puede clasificar en dos tipos. El primero de ellos, la participación del poder en forma de titularidad y ejercicio de la titularidad de la soberanía popular a través de la intervención en el procedimiento de la toma de decisiones vía directa o representativa. El segundo también se encuentra a nivel de la participación del poder, pero en un plano distinto del desarrollo del sistema de representación. Se trata de discernir la importancia de la participación ciudadana como tal en términos generales a efectos legitimadores del sistema democrático como tal y no de su forma de representación. Se trata de contestar la pregunta de si es posible y viable un régimen democrático sin participación ciudadana.

Ya decía El Filósofo que “el ciudadano sin más por nada se define mejor que por participar en [...] el gobierno” y que “podría alegarse que esos no son gobernantes ni participan con ello del poder, pero es ridículo considerar privados de poder a los que ejercen el mando supremo” (Aristóteles, 1951, pp. 17). En este pasaje no solo se puede ver una vez más que la soberanía reside en el pueblo, sino que todo ciudadano debe formar parte de la vida pública. El ciudadano como ser humano debe intervenir a través del debate público tanto para solventar controversias con otros como para tratar cuestiones de interés general de la sociedad o de los ciudadanos. El hombre es el único animal y ser social que tiene el don de la palabra y de la razón. Como tal no le es propio zanjar sus conflictos como los demás animales, es decir haciendo uso de la fuerza bruta, sino de la palabra y de la razón. Formar parte del debate público mediante la palabra y la razón es la única forma de participación del poder digna del hombre. Además, todo hombre está dotado de estas cualidades, por lo que todo hombre es capaz de formar parte de la vida política y por tanto del poder. (Esponda, 2011) En este sentido Aristóteles (1951, pp. 10) dice lo siguiente:

La razón por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario es evidente: la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra. Pues la voz es signo del dolor y del placer, y por eso la poseen también los demás animales [...]. Pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él solo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la casa y la ciudad.

En este sentido la participación ciudadana no se limita a la legitimación a través del voto, sino que además adolece una función de control. Aunque la democracia parlamentaria a primera vista podría parecer funcionar en base al debate público

entre los expertos electos de la política, el ciudadano en una democracia sana no debe limitarse a emitir su voto tras cada legislatura. Se debe promover la participación del pueblo en el poder, lo que en su formulación más pesimista equivale a la protección de los derechos fundamentales tales como expresión, asociación y reunión, además de una prensa libre e independiente. Pero más allá, incluso se debería promocionar la activa interacción con el mismo para que el que gobierna sirva a los verdaderos intereses comunes del pueblo en la forma que este soberanamente elige. La participación ciudadana es uno de los pilares de este régimen, sin la que una democracia, aunque sea de índole representativa, no puede ser calificada como tal (García Delgado, 1994). La razón reside en que la soberanía es popular, por lo que son los ciudadanos los que deben determinar el curso de la política y no una reducida élite supuestamente representante de los intereses comunes. En definitiva “es necesario que el ciudadano se reconozca como el sujeto [activo] de la política y no como el objeto pasivo de los servidores públicos” (Mariel Inés, 2014, pp. 24).

2.7. Democracia, participación ciudadana y rendición de cuentas

Los cimientos de toda relación residen en la creación de confianza. Esa es también la razón de ser de toda normativa referente a la auditoría financiera, la “rendición de cuentas”, “*accountability*” o “*responsiveness*” para la generación de transparencia y, por último, de confianza (Cortés Fernández & Garro Hernández, 2014, pp. 82). La accesibilidad de la información tiene cada vez más peso, factor especialmente importante en un entorno constantemente cambiante e inestable en un mundo globalizado. Es por ello que Cortés y Garro (2014) afirman que tanto los índices como la regulación de la rendición de cuentas se encuentran en constante alza, no solo en el ámbito financiero, sino también en otros como el de la política o el derecho.

Tan antigua como la organización socio-política del hombre es también la pregunta de cómo controlar adecuadamente el poder. Tal y como enuncia Rousseau, se deben “[...] evitar intrigas y cábalas desestabilizadoras” de “los servidores públicos” (De León, 2008, pp. 2), lo que significa controlar instituciones, gobiernos y empleados públicos para garantizar que sirvan al bien común en vez de caer en la corrupción; lo que, en palabras de la RAE, significa “en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, [...]” o simplemente “abuso [...]” (RAE, 2017; Shedler, Diamond & Plattner, 1999). En este sentido y,

siendo por desgracia comúnmente sabido que “es una verdad indisputable y una de las bases de la ciencia política [que], entre más estrictamente seamos vigilados, mejor nos comportamos” (Bentham en De León, 2008, pp. 2) nos debemos preguntar *quis custodiet ipsos custodes*⁶ (Juni Juvenalis, 1895, pp. 325)?

En el ámbito político la razón reside primeramente en la creación de confianza en instituciones y mecanismos democráticos, dado que se transmite el mensaje de que toda irregularidad en la administración será perseguida y penada en iguales condiciones que cualquier ciudadano, siendo uno de los pilares de la democracia la igualdad en derecho. Además, se subraya el hecho de que los servidores públicos deben servir al interés común designado por sus votantes y no al propio, por lo que, como instituidos en un contrato de agencia, deben dar explicaciones de su quehacer. Otrosí y, en sentido contrario, de esta forma el poder legislativo puede recibir *feedback* sobre sus políticas para adaptarlas. Pero, sobre todo, porque sin la rendición de cuentas no es posible el desarrollo de un sano régimen democrático. De nada sirve que la soberanía resida en el pueblo si este, por falta de información, su parcial publicación o manipulación no es capaz de juzgar y, en consecuencia, de elegir sus representantes. Ni tampoco tiene sentido que el pueblo elija representantes que *de facto* se reducen a marionetas de un gran juego de sombras en un sistema corrupto. Toda democracia que no promueva activamente la rendición de cuentas, sino todo lo contrario, deja de ser verdaderamente democrática, dado que el ciudadano pierde la facultad de juicio y por tanto mengua la soberanía popular en calidad; ya que la democracia pierde el eje angular de la participación ciudadana, de la soberanía popular. Los cimientos de esta deducción consisten en que las normas y el sendero político de una comunidad surgen de un debate público entre hombres libres e iguales, en el que el factor legitimador reside precisamente en el debate público que emana de la participación ciudadana, de la soberanía popular. (Monsiváis, 2006).

El concepto de rendición de cuentas significa la existencia de una determinada norma que obliga a uno o varios actores, por excelencia del mundo empresarial o político, a hacer públicas de una determinada forma ciertas partes de su cometido. Cabe destacar que esa *accountability* no única y exclusivamente comprende la obligación de publicar la información sobre los quehaceres, sino que además se extiende a dar una justificación de las decisiones tomadas, creando así la base para sanciones de tipo económico-penales o bien político-electorales (Peruzzoti, 2007). Esto significa que la administración pública debe rendir cuentas de sus objetivos y resultados, de la forma de implementación y de los recursos destinados, así como

⁶ Traducción: ¿Quién vigilará a los [propios] vigilantes? o ¿quién guardará a los guardianes?

justificarlos (dimensión informativa) y dar respuesta o explicaciones ante posibles interpelaciones (dimensión explicativa).

En este sentido se pueden identificar dos formas de rendición de cuentas. Por un lado, la vertical, lo que significa que los ciudadanos castigan a políticos y partidos en función de su desempeño a través de las urnas en unas elecciones democráticas que cumplen los estándares. Dentro de este tipo de rendición de cuentas también se puede identificar la subcorriente que se debe a la *responsiveness* llevada a cabo por miembros singulares o plurales de la sociedad tales como los medios, agrupaciones políticas o periodistas investigativos que destapan, filtran o publican información en nombre de la transparencia o sus ideales políticos (Smulovitz & Peruzzoti, 2000). Por otro la horizontal, que equivale al control ejercido por el propio Estado en un sistema de equilibrios de poder que, como en una balanza, se compensan para luchar por la prevención, la corrección y la sanción de conductas ilícitas. Cabe explicitar que para el desarrollo de una sana democracia no existe un tipo de rendición de cuentas más importante que otro, sino que todos y cada uno de ellos lo son igualmente al formar un equilibrio de contrapesos en la balanza del control político. (Barreda, 2011)

Summa summaum se podría decir que, siendo los pilares fundamentales del régimen democrático, ente otros, la igualdad de todo hombre y la soberanía popular, la participación ciudadana se convierte en un eje angular. Para que este elemento, imprescindible e indisolublemente unido con la democracia (tanto la directa como la representativa), se pueda desarrollar es total y absolutamente imprescindible la presencia de mecanismos de rendición de cuentas. Además, se debe asegurar que los servidores públicos realmente actúen en nombre del bien común, de su contrato de agencia con los ciudadanos y, naturalmente, conforme a las normas. Esta consolidación democrática únicamente es posible si se vigila a los vigilantes y se convierte en visible el “poder invisible” (Bobbio, 1986, pp. 77), es decir si se logra el tiranicidio de ese poder absolutista del Leviatán convertido en Dios sobre la faz de la tierra que actúa en la sombra y manda a su antojo, sin desvelar esclarecimiento alguno a sus vasallos hechos esclavos que acatan ciegamente sus órdenes (Bobbio, 1986, pp. 72). En definitiva, Bobbio (1986, pp. 8, 80) lo sintetiza en las siguientes palabras:

La democracia se puede definir de muchas maneras, pero no hay definición que pueda excluir de sus connotados la visibilidad o transparencia del poder [...] [como bien demuestra que] el tema más interesante, en el que verdaderamente se puede poner a prueba la capacidad del poder visible de develar el poder invisible, es el de la publicidad de los actos del poder, que, como se ha visto, representa el verdadero y propio momento de cambio en la transformación del Estado moderno de Estado absoluto en Estado de derecho.

2.8. Buena gobernanza: La transparencia como política pública

My Administration is committed to creating an unprecedented level of openness in Government. [...] Government should be transparent. [...] Information maintained by the Federal Government is a national asset. My Administration will take appropriate action, consistent with law and policy, to disclose information rapidly in forms that the public can readily find and use. Executive departments and agencies should harness new technologies to put information about their operations and decisions online and readily available to the public. Executive departments and agencies should also solicit public feedback to identify information of greatest use to the public.

Fueron las palabras del recién electo Presidente de EE.UU. Barack Obama (2009) en el año 2009, con las que inició la tendencia hacia el gobierno abierto u *open government*. Poco después nació la Alianza para el Gobierno Abierto que en la actualidad ya cuenta con 54 Estados miembros y cuyos objetivos son la ya sugerida promoción de mayor transparencia, rendición de cuentas e interacción con la sociedad civil (Alianza para el Gobierno Abierto, 2015).

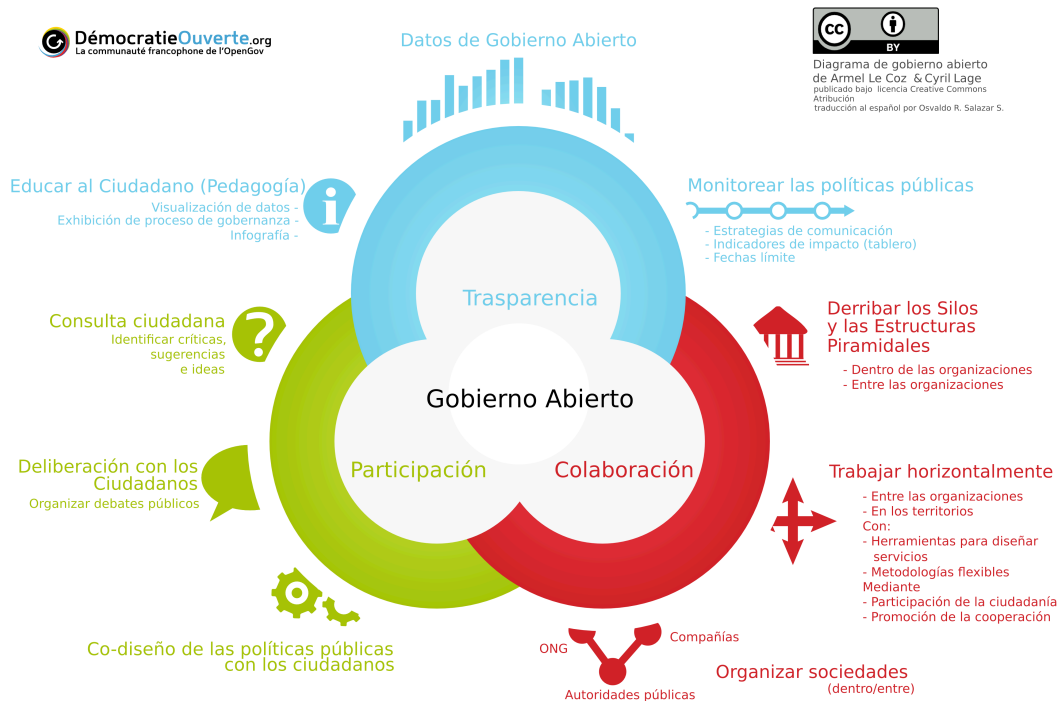
Esta tendencia que recientemente ha salido a flote tiene su origen en el hecho de que el mundo en el que vivimos hoy ha cambiado radicalmente, se ha convertido en un mundo “globalizado” (Bajo, González & Fernández, 2013, pp. 225) y constantemente “interconectado e interdependiente” (Cortés & Garro, 2014, pp. 77-78) gracias a las nuevas tecnologías de la información, en especial al *World Wide Web*. En este plano, el ciudadano del siglo XXI, tan informado como concienciado, ha cambiado su comportamiento evolucionando hacia exigencias cada vez más altas. El ciudadano moderno se ha percatado del potencial que tienen las redes sociales (*open action*) y las posibilidades que ofrecen las TIC; en la aldea global en la que vivimos, todo ciudadano puede alertar y difundir ampliamente preguntas, denuncias e incluso hacer un llamamiento al boicot en cuestión de segundos que luego será repercutido en las redes sociales, del que podría hacerse eco la prensa y, finalmente, podría influir en los resultados políticos (Bajo, González & Fernández, 2013).

En plena alza del *WWW* se formaron grupos de informáticos que luchaban por el *open source*, lo que significa por programas de software de código abierto, es decir pública y gratuitamente accesibles, basados en la cooperación de los usuarios frente a los de pago de las multinacionales. Dicho hecho es de gran relevancia, no solo porque constituye un claro paralelismo con los valores del *open government*, sino porque fue el predecesor del *e-government*⁷ que más adelante se transformó en el gobierno abierto. (Calderón & Lorenzo, 2010)

⁷ Electronic government.

La buena gobernanza, es decir, la dirección general pública político-administrativa democráticamente elegida como representantes de un Estado debe, según indica la UE, regirse en su esencia por la promoción de la “apertura”, la “participación”, la “responsabilidad”, la “eficacia” y la “coherencia” (Comisión de la UE, 2001). Además, Naciones Unidas precisa que se refiere al proceso de la toma de decisiones y la implementación de las mismas indicando, además de los principios regidores ya citados por la UE, la “transparencia”, “el imperio de la ley”, la “responsiveness”, la “orientación al consenso”, la “equidad e inclusión” y la “rendición de cuentas” así como “eficiencia y eficacia” (UNESCAP). Pero más allá incluso, se afirma sin dejar lugar a duda alguna que “la transparencia es ampliamente reconocida como el principio elemental de la buena gobernanza” (Transparencia Internacional y UN-HABITAT, 2004, pp. 8).

Gráfico 1
Principios de la democracia abierta.



Fuente: Amel Le Coz & Cyril Lage (Democratie Ouverte: Shéma democratie ouverte)

El gráfico anterior es uno de los más famosos en relación al gobierno abierto y muestra de forma ilustrativa como debería funcionar un gobierno abierto. En la parte superior se refleja el *open source*, como bien indican la publicación de datos sobre el propio gobierno, de información sobre los propios procesos de gobernanza e incluso una detallada monitorización de la actividad pública. En términos generales se podría decir que se publican todos los datos de la dirección general pública político-administrativa de forma completa, entendible y accesible. En la parte izquierda del

gráfico se puede observar la promoción de la actividad ciudadana en forma de participación en el debate público para ser partícipes del mismo expresando sus críticas (a modo de “feedback”), sugerencias y deseos. Seguidamente estos, en la parte derecha del gráfico, y, a través de la colaboración y el co-diseño de las políticas públicas se convierten en la participación activa de la ciudadanía en el gobierno. En definitiva, no solo se siguen los criterios recomendado por la UE y la ONU, sino que se materializa la soberanía popular.

Summa summarum, se podría concluir que la vía hacia el *open government*, es, en su definición más minimalista, la conjunción de la *accountability* y la *responsiveness* con el *open source* y el *open action* (Corojan & Campos, 2011). Esto significa que, para lograr la buena gobernanza, sinónimo de gobierno abierto, debe hacerse pública la información y promoverse las vías de interacción ciudadana, así como la respuesta del ente público. Sin embargo, cabe destacar que para todo ello el ente público no sólo debe rendir *accountability*, sino además *responsiveness*, lo que significa que la transparencia como política pública no comprende única y exclusivamente la misma, sino también el derecho de acceso a la información pública; no comprende solo una obligación de transparencia para los entes públicos, sino además un derecho de acceso a la información pública del ciudadano para restituir un sistema eficiente, libre de corrupción, igualitario, justo, soberano y, en definitiva, democrático.

CAPÍTULO II. INVESTIGACIÓN TEÓRICA: LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En el presente apartado se tratarán los términos conceptuales que representan los cimientos sobre los que, y a partir de los que, se construirá este trabajo en su ámbito jurídico. En este sentido, en el segundo capítulo se expondrán detalladamente las bases teóricas.

1. ¿Qué es la transparencia?

1.1. Antecedentes históricos de la transparencia

Ab initio, y, etimológicamente hablando, el término transparencia proviene del latín y nace de las raíces *trans*, que se traduce como “a través de” y *parere*, lo que equivale a “aparecer” o “mostrar”, que, por tanto, se funde en “aparecer a través de” (RAE, 2017). Además indica que describe la “cualidad de transparente”, lo que significa “[...] que permite ver los objetos con nitidez a través de él” (RAE, 2017). En este sentido podemos fallar que la cualidad de transparente describe una propiedad óptica en el grado de poder vislumbrar lo que hay al otro lado y no, por ejemplo, de traslúcido, que solo deja pasar la luz sin poder ver lo que realmente hay más allá. Así también lo señalan los otros significados enunciados por la RAE (2017) como “que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse”. Ergo no solo se puede vislumbrar a través de, sino que puede hacerse sin necesidad de pronunciación o aclaración explícita. Más allá incluso se define como “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad” (RAE, 2017), es decir algo que es tan evidentemente manifiesto que no requiere de esclarecimiento alguno.

La primera alusión a la transparencia que se encuentra en los libros de historia data de la antigua China, en concreto de la Dinastía Ching. Ahí se inauguro el “Buró de Censura Imperial”, cuyo cometido consistía en la supervisión de los actos de los dirigentes y empleados públicos para detectar posibles irregularidades y prevenir la corrupción (Santamarta Salgado, 2015). Por ello se puede hablar del nacimiento del primer y tímido precedente del concepto de transparencia. Sin embargo, la introducción de legislación pertinente al ámbito de la transparencia y el acceso a la información pública aún tardaría más en extenderse, como bien demuestra la siguiente tabla, aunque sin entrar en las inmensas diferencias de sus (a menudo vacíos) contenidos, calidad o nivel de implementación.

Tabla 1

Listado histórico de implementación de leyes de transparencia y acceso a la información pública.

Año	País
1766	Suecia
1951	Finlandia
1966	EE.UU.
1970	Dinamarca, Noruega
1978	Francia
1982	Australia, Nueva Zelanda
1983	Canadá
1987	Austria, Filipinas
1988	Colombia
1990	Italia
1991	Holanda
1992	España, Hungría, Ucrania
1993	Portugal
1994	Bélgica, Belice
1996	Corea del Sur, Islandia, Lituania
1997	Irlanda, Tailandia
1998	Israel, Letonia
1999	Albania, Georgia, Grecia, Japón, Lichtenstein, Sudáfrica, Trinidad y Tobago
2000	Bulgaria, Bosnia y Herzegovina, Estonia, Inglaterra, Lituania, Moldavia

Fuente: Ackerman & Sandoval (2005, pp. 23)

Anotaciones: en rojo - los países de especial importancia.

En el mundo occidental este concepto aparece por primera vez en el año 1744 cuando Suecia, como primer país del mundo introdujo el Freedom-of-press and the right-of-access to public records Act. Bajo la iniciativa del clérigo y político Anders Chydenius se implementó la regulación sobre la transparencia y el acceso a la información pública como derecho fundamental en su acepción más amplia y tan avanzada para su tiempo que hasta la actualidad no ha sufrido grandes cambios. No obstante, no fue hasta el año 1951 cuando el siguiente país, Finlandia, siguió por el sendero ejemplar de Suecia. (Ackerman & Sandoval, 2005) Esta tendencia se vio reflejada en la Europa del siglo XX, concretamente en la Primera Guerra Mundial en forma de transparencia financiera, dado que se quería conocer la proveniencia del capital para discernir entre empresas a favor de la patria y enemigas, es decir extranjeras. Cabe destacar que se trataba de la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo de personas jurídicas. (Padial, 2000) En este ámbito es inevitable citar que EE.UU. implantó su Freedom of Information Act (FOIA) en el año 1966, que tuvo que ser profundamente revisado después del escándalo Watergate. En la historia reciente, se deben recalcar el antes citado impulso de Obama, la propagación de movimientos promotores, la creciente concienciación y la aparición, al menos en forma de una superficial declaración de falsas intenciones, en cada vez más agendas políticas así como los cada vez más presentes y abundantes *leaks* de información del tipo Panamá, Vati o Wiki, entre los que destacan figuras como las de Manning, Snowden o Assange.

1.2. Definición de transparencia – una aproximación

No existe una definición única e inequívoca del concepto de transparencia. Las reflexiones de Kant sobre el asunto en su obra *Crítica de la razón pura* destacaban “la franqueza, apertura, predictibilidad de las reglas y leyes de una sociedad” (Kant en Santamarta Salgado, 2015, pp. 3). La transparencia ha encontrado aplicación, sobre todo en tres grandes ámbitos. Primera y naturalmente, tal y como ya se ha adentrado, en el político. Pero también en el plano internacional, donde la comunidad internacional la usa como herramienta de prevención, pretendiendo así evitar violaciones de tratados y derechos, escaladas de tensión, carreras armamentísticas o incluso el rearme nuclear. Asimismo, encuentra cada vez más aplicación en el mundo empresarial. Tanto de forma legalmente prescriptiva como voluntaria, después de su inauguración en el ámbito financiero se extiende cada vez más a otros tales como el gobierno y la responsabilidad social corporativa. (De León, 2008)

En este sentido y siguiendo la organización por excelencia que se dedica a la lucha por más transparencia, Transparency International, se define de la siguiente forma (Transparency International, 2016)

Transparency is about shedding light on rules, plans, processes and actions. It is knowing why, how, what, and how much. Transparency ensures that public officials, civil servants [...] act visibly and understandably, and report on their activities. And it means that the general public can hold them to account. It is the surest way of guarding against corruption, and helps increase trust in the people and institutions on which our futures depend.

Mientras tanto la OCDE ofrece una definición que sigue la misma línea, aunque de forma más generalista, definiendo la transparencia como “el proceso por el cual la información de las condiciones existentes permite ser accesada para la toma de decisiones y acciones, de manera visible y entendible” (Melián, 2015, pp. 197). Luego la ADB entiende que “transparency entails that all information related to a decision is publicly disclosed in a timely way that is accessible to all individuals who might be significantly affected by the decision” (Uhlir, 2016, pp. 35).

Tal y como se ha podido observar en las definiciones expuestas *ut supra*, la transparencia no es un concepto con una definición única y absoluta. Así TI ofrece una definición muy detallada subrayando la importancia de “iluminar”, es decir de hacer visible reglas, procesos y decisiones con preguntas tales como el porqué, el cómo, el cuánto y cuándo. Además, cita la *accountability* y *responsiveness* como herramientas de, por un lado, prevención de la corrupción y, por el otro, de creación de confianza en instituciones “de las que depende nuestro futuro” (Transparency International, 2016). La OCDE en cambio se limita a dar una definición generalista

que hace hincapié en la importancia del flujo de información de forma comprensible necesaria para el entendimiento de las decisiones. En sentido parecido falla la ADB, que defiende la accesibilidad pública de toda información relevante para los “significativamente afectados” (Uhlín, 2016, pp. 35) por una decisión. Es patente que entre todas las definiciones expuestas existe un amplio consenso que también se encuentra en relación directa con el origen etimológico del término. No obstante, cabe destacar que existe una característica fundamental que convierte en prácticamente irreconciliables las dos primeras definiciones con la ulterior. Se trata del hecho de que en esta se limita claramente la transparencia y el acceso a la información pública a los individuos afectados por las decisiones, mientras que TI defiende estos derechos para “el público general” y la OCDE expone tácitamente que debería valer para todo individuo y no única y exclusivamente para los (“significativamente) afectados” (Uhlín, 2016, pp. 35). El hecho de limitar la información a este grupo incluso podría entenderse como contrario a la transparencia misma, un intento más de luchar contra la misma, en vez de a su favor, dado que pretende evitar que la información sea libremente accesible. En este sentido también contraviene el propio significado del término como “[...] que permite ver los objetos con nitidez a través de él” (RAE, 2017) o “que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse” (RAE, 2017), al erigir un nuevo muro para evitar que se pueda vislumbrar en su integridad y sin necesidad de pronunciación o aclaración explícita. En definitiva, es total y absolutamente contrario a la esencia de la transparencia misma.

En virtud de todo lo anteriormente dicho y expuesto en este subepígrafe, la transparencia en el ámbito político-jurídico se podría definir como actividad encaminada a hacer público el abanico más amplio posible de información, de la forma más completa, clara y accesible posible, respecto del gobierno, su quehacer político y la organización de la administración pública, así como su justificación y evolución pasada, presente y futura, con el objetivo de alcanzar más eficacia en el gobierno, un mayor control del mismo, el refuerzo de la soberanía popular y la promoción de la participación ciudadana, en definitiva, un régimen más democrático.

La regulación legal de este campo se centra en garantizar la accesibilidad a dicha información por parte de los individuos mediante la implementación de determinadas normas, siendo de esencial importancia el hecho de que no es necesario argumentar el porqué ni el fin de la solicitud de acceso a la información, dado que la norma se fundamenta en el derecho general a conocer del pueblo (Ackerman & Sandoval, 2005; (UNESCO, Freedom of information: a comparative legal survey, 2003).

Como bien se ha podido observar en el presente trabajo, se trata de un concepto extremadamente amplio y complejo, además de tener una profunda repercusión en el sistema democrático, por lo que intentaremos aproximarnos a dicho concepto a través de los principios regidores propuestos por la UNESCO para toda legislación sobre la materia en cuestión (UNESCO, Freedom of information: a comparative legal survey, 2003):

1. *Apertura máxima*: Toda regulación debe tener como objetivo hacer pública la máxima, más amplia y más completa información posible para poder contestar todas las preguntas desde el qué y el porqué, hasta el cómo y el cuándo. Cuanto mayor sea el nivel de apertura, mejor para la transparencia y la democracia.
2. *Obligación de publicar*: La administración pública debe estar obligada a hacer públicos sus quehaceres en las condiciones legalmente estipuladas, tales como la periodicidad y el formato de la misma para lograr la integridad, la claridad y la accesibilidad de la información.
3. *Promoción del gobierno abierto*: Las instituciones públicas deben comprometerse a promocionar activamente la operatividad del gobierno abierto y sus valores. Por un lado, para lograr el cambio dentro de la propia administración y, por el otro, para acercar al ciudadano al debate público y, por último, incentivar la participación ciudadana.
4. *Limitación del alcance de las excepciones*: Toda excepción de la norma debe regularse de la forma más estricta y restrictiva posible, siempre sujeta a un previo e intensivo proceso de examen y aprobación que garantice impedir su socavo. Solo de esta forma se puede garantizar que la norma sirva a sus fines, en vez de corromperse y convertirse en una barrera para la misma transparencia que debería promocionar.
5. *Eficiencia en el acceso a la información*: Se debe garantizar un procedimiento reglado de procesamiento de solicitudes que asegure un funcionamiento objetivo, acorde a la ley e independiente que, en reflejo del espíritu de transparencia, pueda ser revisado por un tercer órgano de estas mismas características. De lo contrario, hubiera nacido una herramienta más para evadir la transparencia.
6. *Costes*: Se debe evitar la producción de costes desmesurados ligados a la solicitud de información, dado que no solo constituye un mero desincentivo, contraviniendo así el punto tres, sino que podría incluso constituir una barrera de acceso.

7. *Reuniones abiertas:* Todo tipo de reunión de toda institución pública debe ser, en medida de lo posible, pública y abierta al mismo, dado que todo lo que se debería debatir en estas forma parte de la política pública, por lo que el pueblo tiene derecho a conocerlo. Solo de tratarse de maquinaciones corruptas tendría sentido conservar el secretismo.
8. *Prioridad del principio de apertura:* Todo tipo de normativa que contravenga el principio de apertura (punto uno) debe quedar claramente subordinado a este, dado que la apertura prima claramente, por lo que debe modificarse o derogarse. Es sin duda uno de los principios cruciales, dado que sin el nunca primaría la transparencia sobre otras normativas o, mejor dicho, intereses.
9. *Protección para informantes:* En lógica derivación del principio anterior el sujeto que colabore con las autoridades o filtre información públicamente relevante no debe temer consecuencias negativas de sus actos, todo lo contrario, debería gozar de protección o incluso de una recompensación. De no ser así significaría que lo que realmente prima no es la transparencia, sino una vez más el “poder invisible” (Bobbio, 1986, pp. 77). Además, solo creando incentivos y concienciando a la ciudadanía se logrará que se denuncie y se filtre lo que debería ser público y no lo es.

Concluyendo, se podría decir que hay muchos países que han implementado normativa al respecto y aún más legislación sobre la materia que se ha proyectado en formas muy distintas y diversas, pero toda regulación seria sobre la transparencia y el acceso a la información pública debe incluir, al menos, los citados principios regidores.

2. ¿Qué es el acceso a la información pública?

Desacoplamiento y análisis individual

Ab initio, se debe clarificar que no cabe duda alguna que el concepto nuclear entorno al que gira el presente trabajo y, en concreto el presente capítulo, es la transparencia. Sin embargo, para poder comprender íntegramente el concepto de transparencia, se deben igualmente conocer otros conceptos subsumidos, secundarios o simplemente profundamente entrelazados con este. Solo de esta forma, es decir comprendiendo en su totalidad el núcleo del debate, el concepto de transparencia, tiene sentido llevar a cabo este trabajo, investigar y participar en el debate. En este sentido analizaremos escuetamente los siguientes conceptos:

- **Acceso a:** La palabra accesibilidad tuvo su primera aplicación en el ámbito geográfico para designar la facilidad de llegar a un determinado lugar, persona u objeto. En definitiva, comprende por tanto el acto de poder aproximarse o alcanzar algo. Sin embargo, en la actualidad dicha calidad no debe referirse necesariamente a un objeto físico y tangible, sino que en tiempos de la sociedad de la información y las TIC, también puede referirse a objetos intangibles tales como por ejemplo a los medios electrónicos de información como Internet o bases de datos. En este sentido cabe hacer hincapié en la definición de accesibilidad procedente del ámbito de la informática, en la que esta se liga a una autenticación positiva. Esto significa que tan solo en caso del alcance del destino se habla de accesibilidad. De llegar hasta el destino, pero no poder penetrar en este, no se puede hablar de accesibilidad. En aplicación al ámbito de la comunicación, socio-política individual y colectiva, la accesibilidad es una condición necesaria para la participación. Quien no puede acceder a la *polis* no forma parte tampoco de la *dêmos*. Por ende, la existencia de barreras de todo tipo (en el entorno, los procedimientos, las herramientas o menguas en el formato o el contenido del mensaje mismo) dificultan o incluso imposibilitan el acceso y, por último, la participación. Resumiendo, se podría concluir que la información debe ser accesible o alcanzable para poder servirle al fin de la transparencia, en vez de convertirse en un obstáculo más.
- **Información:** Es difícil hablar de transparencia sin haber definido qué es la información, dado que el objetivo de la transparencia reside en formulaciones similares a “acercar información a la ciudadanía”. En términos generales la información en el ámbito socio-político se podría definir como un conglomerado de datos dispuestos en un cierto orden lógico que, en su conjunto, emiten un determinado mensaje (Chiavenato, 2006). El origen etimológico se encuentra en

las raíces *informatio* y *ōnis*, lo que significa concepto o explicación y se traduce en, entre otros, por “averiguación [...] de un hecho” o “comunicación o adquisición de conocimientos [...]” (RAE, 2017). *Ergo* se puede decir que la información parece designar en sentido aristotélico la iluminación de la esencia de una cosa, es decir conocimiento. Naturalmente este va más allá de la mera forma (semántica, gramática, estructural...) del mensaje, adentrándose en el mensaje nuclear transportado (esencialmente ¿qué?, ¿quién?, ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿cómo? y, sobre todo, ¿por qué?) que le da sentido a la realidad. El fin de la información es, primeramente, aumentar el conocimiento, pero también constituir la materia prima para la mejora de la toma de decisiones (Ferrell & Hirt, 2004). Como bien enuncia la famosa cita “*scientia potentia est*”⁸ atribuida a Sir Francis Bacon, la información es poder, dado que desde antaño ha constituido una de las principales herramientas de propaganda, de manipulación y de sumisión. Es por ello que cuanto más cerca esté un régimen del autoritarismo más se aferre al control y la censura de la información en el desesperado intento de poder controlar a las masas. Finalmente, se debe recordar la especial importancia del canal y la forma de transmisión de esa serie de códigos denominados información y, más aún, en tiempos de alza nunca vistos para el *WWW*, las TIC y el *information overload* (Jandt, 2004).

- *Público*: Tras haber clarificado qué es información, el siguiente concepto ineludible en este debate es el término público. En este sentido cabe destacar la múltiple dimensión de este término polisémico aparentemente tan claro. Primeramente, algo público designa, como bien indica la RAE (2017), lo “perteneiente o relativo al Estado o a otra Administración”. Esto es, en especial, todo quehacer que realizan las administraciones públicas; desde meras propuestas y planteamientos hasta decisiones y consecuencias, total y absolutamente todo lo que estas generen, detenten o administren en el desarrollo de su actividad. Es precisamente ahí donde entra en juego la siguiente dimensión de lo público, como lo contrario a lo privado, lo “conocido o sabido por todos” o “dicho de una cosa: Que se hace a la vista de todos” (RAE, 2017). *Ergo*, significa que todo individuo conoce un determinado hecho, algo común y notoriamente sabido o, al menos, abierto al público. Este segundo significado constituye el objetivo de la transparencia, trasladar información, es decir conocimiento de una parte emisora a la comunidad destinataria; que las cosas ocurran a la vista del pueblo. Finalmente, no se debe olvidar que público también es “dicho de una cosa: Destinada al público”, es decir que tiene una

⁸ Traducción: el conocimiento es poder.

causa pública o, en otras palabras “utilidad y bien del común” (RAE, 2017). Así es que la justificación de que las cosas ocurran a la vista del pueblo reside en que le pertenecen a este como ente legitimador. La gran pregunta a la que se deberá encontrar respuesta y que es contestada de forma distinta por cada país es la siguiente: *¿Está en el interés público que todo lo público se haga público? ¿Y dónde se sitúan los límites entre lo público y lo no público?*⁹

10. *Comunicación y rendición de cuentas:* Tal y como ya se ha enunciado *a priori*, una de las piezas clave de la generación de transparencia es la rendición de cuentas tanto en forma de *accountability* como *responsiveness*. En tiempos en los que contrastan las inmensas posibilidades de la disponibilidad de la información con la, a menudo, reducida accesibilidad con fines manipulativas de la opinión pública, es total y absolutamente crucial saber diferenciar los términos comunicar y rendir cuentas. Tras habernos aproximado ya al concepto de la transparencia, la rendición de cuentas horizontal, transversal y vertical, además de la *accountability* y la *responsiveness*, a modo de recordatorio, se podría resumir escuetamente como las varias vías de carácter legal y políticamente obligatorias de fiscalización del poder. Por otro lado, la comunicación es posible de numerosas formas y en variados campos, pero lo que todos ellos tienen en común es que significa “hacer a una persona partícipe de lo que se tiene” y “descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo “conversar, tratar con alguien [...]” (RAE, 2017). Es patente que ambos conceptos están íntimamente ligados, dado que toda la información pública tendrá que ser trasladada, es decir comunicada a su destinatario. No obstante, se debe tener en cuenta un factor clave que diferencia ambos conceptos. Mientras rendir cuentas siempre implica un cierto carácter obligatorio, ineludible e incluso coercitivo, el término comunicar no lo implica, sino que, todo lo contrario, va de la mano de la voluntariedad. En términos generales, comunicar acarrea la pretensión de enviar un mensaje. Es precisamente aquí donde se debe hacer hincapié en que la transparencia debe ser siempre obligatoria y no una mera opción facultativa. No cabe duda de que la transparencia tiene como objetivo inmediato comunicar información, pero nunca debería ser abusada para convertirse en un mero portavoz de la clase regente que tan solo comunica lo que le favorece o en el simple vocero del Leviatán, que tan solo comunica sus mandamientos sin ni si quiera esperar o permitir una reacción ciudadana más allá de la ciega obediencia.

⁹ Este interrogante no forma parte del análisis pretendido del presente trabajo.

Summa summarum se podría decir que la conjunción de “acceso”, “información” y “pública” se funden en un novedoso y propio concepto, el acceso a la información pública. Tal y como hemos deducido, este pretende hacer referencia al traslado de información, es decir de conocimiento; que le pertenece, emana y es destinado al pueblo; de forma alcanzable, incluyendo la autenticación positiva; y haciendo hincapié en la fundamental importancia del carácter reglado y obligatorio.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS Y COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL: UNIÓN EUROPEA – REINO DE ESPAÑA

A priori, en el primer capítulo, hemos abordado extensamente las cuestiones de filosofía política que se centran en el fundamental e indisoluble vínculo entre la transparencia así como el acceso a la información pública con la democracia. A continuación, se han tratado los conceptos claves que rodean el *quid* de la cuestión para poder comprenderla en toda su amplitud. Este capítulo se centrará en el núcleo jurídico del presente trabajo. En este sentido se analizarán el trasfondo constitucional, los principios inspiradores y los reflejos constitucionales tanto en el derecho comunitario como el español. Es preciso destacar que este análisis constitucional pondrá más énfasis en el Reino de España, dado que constituye el principal ámbito de debate.

1. Transparencia y acceso a la información pública en el derecho comunitario

1.1. Tránsito histórico: La Constitución apaciguadora

La historia de la UE se remonta a mediados del siglo XX cuando, en plena etapa de la postguerra de un continente destrozado, resentido y suspicaz por los numerosos conflictos bélicos, el nueve de mayo del año 1950 Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia y Jean Monnet, diplomático, hicieron un llamamiento a favor de la explotación del acero y del carbón en Europa central y del este bajo una única autoridad. Así se desligarían estos sectores de su carácter nacional que había causado tantos enfrentamientos en el corazón del continente, para asegurar la paz del mismo. En el año 1951 esta propuesta se materializó en el nacimiento de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), suscrita (originariamente) por Alemania Occidental, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo, en el Tratado de París, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA, del 18 de abril de 1951). (Pinder, 2001; Stone, 1985)

Poco después, en el año 1957, se suscribió el Tratado de Roma, que amplió el de París a otras industrias más allá del acero y del carbón, dando lugar así a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y la Comunidad Económica Europea (CEE) (CEE y EURATOM, del 25 de marzo de 1957). El Reino de España se adhirió en el año 1986 como decimotercer Estado miembro. Finalmente la UE

como tal nació a partir de la CEE con el Tratado de Maastricht como resultado del acercamiento político (TUE, del 7 de febrero de 1992).

En directa referencia a la historia de la transparencia y el acceso a la información pública en la UE, se podría decir que el primer hito se produjo con la ratificación del Tratado de Ámsterdam, que reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos comunitarios a los documentos de los mayores entes europeos (Tratado de Ámsterdam, del 2 de octubre de 1997). No obstante, cabe destacar que no se trataba de una norma obligatoria de carácter universal, sino que los propios entes comunitarios eran los que fijaban su política de transparencia y, por tanto, el nivel de la misma. (Bomberg & Stubb, 2003) Luego, en el año 2000 fue consagrada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (del 7 de diciembre de 2000) que en su art. 42 reconoce expresamente que:

Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Tal y como se puede observar, este reconocimiento jurídico supone un gran avance en la materia, aunque es inevitable señalar su insuficiencia en una doble vertiente. Por un lado, limita el derecho de acceso a “documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”, excluyendo *por ende* a todos los demás. Por el otro, porque no aporta aclaración alguna en el debate sobre el posible carácter fundamental del derecho. Finalmente, Estrasburgo afirmó inequívocamente en el año 2006 que el acceso a la información público-administrativa debería ser comprendido englobado en el marco de la libertad de comunicación y recepción de información (STEDH de 10 de julio de 2006). En este sentido también falla la CEDH al recomendar precisamente que se vincule directamente el acceso a la información pública con la libertad de comunicación y recepción de la misma (Rec. de la Comisión, de 21 de febrero de 2002 & Rec. de la Comisión, de 13 de julio de 2000). En el año 2009, esta corriente doctrinal europea se materializó en el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos que incluso hace vinculante dicha interpretación unionista (CdE del 18 de junio de 2009).

Así se llega a la conclusión de que la UE, a modo de respuesta a los continuos enfrentamientos en el continente, ha reforzado los vínculos inicialmente económicos y luego políticos para asegurar la paz. En este camino ha reconocido paulatinamente la primordial importancia del derecho de acceso a la información pública. Concretamente, ha pasado de considerar el derecho de acceso solo a la información de las principales instituciones, a defender que se debe entender englobado en el de comunicar y recibir libremente información.

1.2. Principios inspiradores de la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública en el derecho comunitario¹⁰

Los principios generales del derecho como principios axiológicos regidores de todo ordenamiento jurídico son una de las herramientas por excelencia para crear doctrina o interpretar el cuerpo normativo. Representan el espíritu que inspira o, al menos debería inspirar, el cuerpo normativo, fundamento de su consideración. Los principios inspiradores de la legislación comunitaria sobre la transparencia y el acceso a la información pública se encuentran subsumidos en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo (de 30 de mayo de 2001) y el informe sobre el mismo (Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 27 de febrero de 2014), que se expondrán y comentarán a continuación:

1. *Derecho de acceso general y no condicional*: Tal y como desarrolla el art. 2 del citado reglamento “todo ciudadano de la Unión, así como 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 [...]”, lo que confirma la universalidad de este principio en cuanto a los documentos accesibles y al sujeto pasivo. Pero también en lo que concierne el sujeto activo, dado que hasta personas físicas y jurídicas extracomunitarias sin residencia podrían disfrutar del derecho de acceso siempre que no se perjudique ninguno de los principios regidores.
2. *Principio del perjuicio o del daño*: Este principio constata que ningún documento debe quedar excluido del derecho de acceso y que, en caso de denegación, esta debe fundamentarse en el daño que podría causar de ser accesible. En este sentido se pretende establecer ciertos límites de difusión para preservar la intimidad y la integridad de todo individuo, la propiedad intelectual, el desarrollo “limpio” de procedimientos jurídicos, etc., excepcionando el caso de la existencia de una causa de interés común que se anteponga.
3. *Vía de recurribilidad*: Según detalla el reglamento, toda solicitud de acceso debe de ser contestada en un plazo máximo de 15 días. Seguidamente, el art. ocho añade que toda denegación de acceso total o parcial debe ser motivada fundadamente, siempre debe haber vía de recurso (ante la institución, los tribunales y el Defensor del Pueblo Europeo) y la administración debe informar de ello.

¹⁰ Subepígrafe basado en Hernández Godínez (2010). Se subraya que la lista de principios contiene citas textuales en combinación con modificaciones, comentarios y valoraciones propias del autor.

4. *Principio de flexibilidad y efectividad del sistema:* Tal y como ya sugiere la denominación del presente principio, se trata de garantizar un procedimiento de acceso a la información lógico-racional que cumpla su fin. Esto significa que un procedimiento eficaz debe destacar, sobre todo, por su manifiesta claridad y la posibilidad de recurrir posibles denegaciones, así como el hecho que esté íntegramente orientado a su fin, es decir proporcionar acceso a la información pública. Así pues, se cita la reducción de la burocracia, el respeto de los plazos, la prestación de asistencia a los solicitantes y la opción de elección del tipo de soporte de la información solicitada.
5. *Principio de acceso parcial:* Este precepto hace referencia al espíritu de máxima apertura en combinación con mínima limitación. Esto significa que cuando la información solicitada contenga parcialmente ciertos datos que, en virtud de la propia norma y sus principios, no deberían ser accesibles, no se debería retener la totalidad de la información, sino solo la parte afectada. Toda limitación al derecho de acceso debe ser interpretada de forma estricta y circunscrita en aras de no convertirse en un obstáculo al acceso a la información pública.
6. *Principio de máximo acceso:* El presente mandato defiende el precepto de hacer accesible la información de forma más amplia posible. Así pues las administraciones deben de posibilitar el acceso no única, exclusiva y precisamente a los datos solicitados, sino también a todos los datos vinculados explicativos y complementarios que se hallen a disposición. Es por ello que no solo son públicas las reuniones del Parlamento (plenarias y comisarias), sino asimismo los resultados de las votaciones, e incluso de las posturas defendidas.
7. *Principio de cooperación leal:* Así se designa el principio que exige que debe darse una cooperación leal entre las distintas instituciones comunitarias o bien entre estas y las de los Estados miembros en cuestiones relativas a las solicitudes de acceso a la información. Esto significa que en caso de cualquier tipo de vinculación entre entes comunitarios y de Estados miembros, estos se hallan legalmente obligados a cooperar en aras de salvaguardar el cumplimiento de un derecho europeo. A tales efectos es irrelevante si el solicitante reclama información nacional administrada por entes comunitarios o viceversa, dado que ambos casos y todas sus variantes son amparados por el derecho comunitario.

Así pues, se podría subsumir que los principios inspiradores de la legislación en materia de acceso a la información pública en el derecho comunitario se centran, en esencia, en garantizar el acceso más amplio, más eficaz y más neutral posible enmarcado en un procedimiento lo más libre posible de contaminación.

2. Transparencia y acceso a la información pública en el derecho español

2.1. *Trasfondo histórico: La constitución de la transición*¹¹

La joven democracia española nació, por lo menos en el plano jurídico, con la Constitución Española del año 1978. Esta fue el acuerdo adoptado como resultado de negociaciones y forcejeos entre ambas partes. El presente apartado se ceñirá a citar los factores más relevantes de dicho periodo a efectos de la transparencia y el acceso a la información pública.

La dictadura del régimen franquista se extendió a 40 años y, como toda dictadura, se hizo servir, entre otros, de la censura, de la acumulación y del control de la información, de aparatos parapoliciales y de servicios de inteligencia, además de la propaganda. Así se creaban conspiraciones contra individuos o grupos enemigos, se aislaba, manipulaba o controlaba la opinión pública, así como a la propia población, se ejercía presión y chantaje con información comprometida, se amedrentaba a los disidentes... *Ergo* se puede decir que el empleo preciso de la información fue una de las herramientas claves del régimen franquista. El arquetipo de sociedad de todo sistema autoritario se fundamenta sobre valores entre los que destacaban la “disciplina” y el “orden” (Rivero Ortega, 2011, pp. 228). Sin embargo, en el ámbito administrativo no constituía un gran secreto que más que dichos factores era la afinidad al régimen la que era clave para el cubrimiento de plazas y la licitación pública. De hecho, no la transparencia y el acceso a la información pública, sino “el secreto y la arbitrariedad eran la norma” (Rivero Ortega, 2011, pp. 240) en un sistema en el que ni siquiera los interesados podían conocer el estado del trámite en cuestión ni, mucho menos aún, acceder al mismo. Más allá, el orden y la disciplina también cayeron en el olvido a la hora de documentar, por un lado, “miles de ejecuciones extrajudiciales y [denuncias y] encarcelamientos sin causa legal” (Rivero Ortega, 2011, pp. 228) y, por el otro, la desaparición o el levantamiento de cargas de los aliados del régimen. De esta forma no sólo se eliminaba a los enemigos del sistema y se premiaba a los defensores del mismo, sino que se borraba la memoria histórica de la perpetración e incluso la mera existencia de dichos crímenes. Precisamente por esa razón el régimen autoritario y sus herederos afines siempre han ostentado convertirse en los “celosos guardianes de los registros y archivos bajo su control” (Rivero Ortega, 2011, pp. 230).

¹¹ Subepígrafe basado en Rivero Ortega (2011, capítulo V.).

Summa summarium ha quedado retratado que el sistema español no puede remontarse precisamente a una larga y duradera tradición en lo que concierne la transparencia y el acceso a la información pública, sino que, todo lo contrario, a una amplia colección de secretismos, arbitrariedades, discriminaciones, abusos, e ilegalidades, que han moldeado la futura evolución también en el sentido normativo.

2.2. Principios inspiradores de la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública en el derecho español

En el año 2006 y, *a priori* del desarrollo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se creó la Coalición Pro Acceso, con el fin de promover la elaboración de una ley de dicha materia que subsane las deficiencias de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la amplíe para acercarse al estándar internacional. Dicha coalición fue integrada por más de 60 organizaciones tanto públicas como privadas y de la sociedad civil entre las que figuraban, entre otros, Access Info Europe, Amnistía Internacional, Intermón Oxfam, Reporteros Sin Fronteras y Transparency Internacional (España). El principal resultado de este grupo de trabajo se ha fundido en la siguiente lista de diez principios aquí que toda ley sobre transparencia y acceso a la información pública debería cumplir (Coalición Pro Acceso, 2013)¹²:

1. *El derecho de acceso a la información como derecho fundamental de toda persona*: El acceso a la información es un derecho no sólo de los ciudadanos, sino de toda persona, que debe aplicarse sin discriminación alguna por razón de nacionalidad (ni los otros comprendidos por la CE). Además, se debe poder ejercer este derecho sin necesidad de dar justificación o explicación alguna de las causas por las que se solicita, dado que ya podría ser erigida o abusada como barrera.
2. *Universalidad de destinatarios de la aplicación del derecho de acceso a la información pública*: El derecho en cuestión debe aplicarse a todos y cada uno de los entes públicos, los poderes del Estado e incluso a las entidades privadas que realicen funciones públicas. La transparencia debe ser universal para cobrar sentido.
3. *Universalidad de extensión del derecho de acceso a la información*: El derecho de acceso a la información debe comprender toda forma de información

¹² Se subraya que la lista de principios contiene citas textuales en combinación con modificaciones, comentarios y valoraciones propias del autor.

generada, recibida y poseída de los entes públicos, independientemente de su forma de almacenamiento o soporte. En el ámbito informático esto implica usar códigos *open source*. Es de esencial importancia no imponer límite alguno a la copia y la divulgación de la información requerida, al tratarse del objetivo de la regulación.

4. *Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito*: Primeramente, significa que el procedimiento debe ser escueto y claro, sin circunloquios. Debe ser posible en todos los idiomas oficiales del país de forma oral y escrita. El único requisito debería ser una solicitud clara, así como una dirección para poder hacer llegar la información solicitada. Ni siquiera el nombre debería ser necesario. Luego, debería establecerse un plazo máximo de 15 días hábiles para la entrega de la información requerida. Sólo en casos excepcionales, cuando la solicitud sea complicada y siempre con notificación al solicitante, la entidad pública debería poder ampliar dicho plazo otros 10 días hábiles. Esta ampliación de plazo sólo podrá realizarse una vez. En tercer lugar, el acceso debe ser total y absolutamente gratuito, dado que toda tasa constituye una barrera de entrada. Solo se deberían costear las copias solicitadas sin incurrir en ningún caso en un exceso sobre el coste real. Resumiendo, se podría decir que se intentan prevenir posibles barreras de entrada al acceso artificialmente creadas para reprimirlo.
5. *Los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes*: Los funcionarios como parte del engranaje público deben estar obligados a promover activamente el acceso a la información. En este sentido se deberán designar responsabilidades concretas.
6. *Principio de publicidad de la información*: La norma de la aplicación debería ser la concesión incondicional del acceso a la información, mientras el secreto y la denegación de la información debería reducirse a la excepción. La denegación de acceso debería limitarse a una lista *numerus clausus* citada en la ley.
7. *Las denegaciones de acceso a la información deben ser limitadas y estar debidamente motivadas*: Toda denegación debe ser justificada, pero además las posibles causas de denegación deberían estar estrictamente limitadas y detalladamente definidas. En caso de concurrencia de información a la que existe derecho de acceso y a la que no, la ley se deberá limitar a retener la información en la parte a la que no existe derecho de acceso, pero no en su totalidad.

8. *Toda persona tiene el derecho a recurrir las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes realizadas:* Solo si existe la posibilidad de recurrir se puede garantizar la neutralidad y eficacia del procedimiento de acceso. En concreto la impugnación debería ser posible a través del régimen de recursos administrativos previstos en la Ley y, en su caso, en vía contencioso-administrativa, a través del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en la Ley.
9. *Las entidades públicas, a iniciativa propia, deben poner a disposición del público información básica y esencial sin que sea necesario realizar una solicitud:* Tal y como hemos desarrollado *a priori*, la transparencia no solo responde a la *responsiveness*, sino también a la *accountability*, lo que significa que además de dar acceso a la información, los entes públicos deben promover activamente la publicación de toda la información que posean sobre sus funciones y responsabilidades. Dicha información debe ser actual, clara, y de comprensión sencilla.
10. *El derecho de acceso a la información debe ser garantizado por un órgano independiente:* Deberá crearse una agencia o comisionado propio, específico e independiente para revisar las denegaciones, no contestaciones a las solicitudes u otras violaciones del acceso a la información. Asimismo, este órgano se encargará de promover el conocimiento de este derecho entre los ciudadanos así como de impulsar su desarrollo en nuestra sociedad.

Tras lo anteriormente dicho y expuesto en esencia por la Coalición Pro Acceso se podría resumir en que todos los principios persiguen un mismo cauce; garantizar la transparencia y, en especial, el acceso a la información pública. En este sentido las medidas expuestas se centran en garantizar el acceso en ausencia de barreras que lo dificulten, enmarcado en un procedimiento eficaz y libre de posibles mecanismos corruptos de retención de información, de la información más amplia posible así como de su promoción activa. En definitiva, se pretende establecer la libertad de la información pública y de su acceso, de convertir en visible “el poder invisible” (Bobbio, 1986, pp. 77), y así pasar del Estado absolutista al de derecho.

2.3. La Ley de “transparencia y acceso a la información pública” que nunca lo fue¹³

A nivel español la norma reguladora de la materia, desarrollada en acato del mandato constitucional así impuesto en el art. 105 CE, es la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Por un lado, con dicha ley el Estado Español se ha dotado de una ley de transparencia y ha logrado sustituir la antigua y deficiente Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Por el otro y aún así, Sánchez de Diego Fernández de la Riva (2014) señala que “el resultado presenta una norma que es de las peores a nivel internacional”, dado que el único principio español reflejado debidamente en la nueva ley es el noveno de la Coalición Pro Acceso. La nueva regulación no ha optado tampoco por construir una clara referencia al art. 20 CE y mucho menos al carácter fundamental del derecho enmarcado en dicho artículo. También se puede denunciar la falta de la creación de un órgano independiente. Pero aún más sorprende la grave limitación de los sujetos obligados que excluye de las obligaciones de transparencia y acceso a la información pública, entre otros al Banco de España, al CGPJ, al TC y al Congreso de los Diputados. Otrosí el principio de *la Universalidad de extensión del derecho de acceso a la información* queda limitado por el art. 18 b) y c), al declarar la inadmisión de solicitudes que se refieren a “información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas” (art. 18 b), Ley 19/2013) o requieran un esfuerzo extra de preparación. Asimismo, la acotación del art. 14, no solo es claramente más restrictiva que la del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos (del 18 de junio de 2009), sino que incluso alega motivos de enorme creatividad normativa tales como “el secreto profesional [...]” (art. 14 j), Ley 19/2013) y la “protección del medio ambiente” (art. 14 j), Ley 19/2013).

En el plano internacional cabe destacar que desde el TEDH hasta la ONU el derecho de acceso es calificado como de carácter fundamental, mientras que en España es relegado a un mero derecho administrativo.

Por todo ello, Sánchez de Diego Fernández de la Riva (2014) concluye que “la Ley nace vieja para los tiempos que vivimos, [...] y, que al final, la Ley presenta un carácter más administrativo que constitucional y más propagandístico que efectivo”.

¹³ Subepígrafe basado en Sánchez de Diego Fernández de la Riva (El «Día Después» de la ley de transparencia, 2014) & Sánchez de Diego Fernández de la Riva (El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, 2014)

En este sentido también parecen fallar las críticas internacionales al calificar la Ley 19/2013 con palabras que no podrían ser más caras y evidentes, tales como que “no acata las normas y los principios ya consagrados por los Tribunales de Derechos Humanos o las organizaciones intergubernamentales, incluido el «Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos»” (OSCE, 2012, pp. 2), tildando los hechos creados como “cosméticos” (OSCE, 2012, pp. 7).

En virtud de todo lo anteriormente dicho y expuesto la única conclusión que tiene cabida es que la regulación española está lejos de cumplir los estándares internacionales en materia de transparencia y acceso a la información pública por el hecho de que el legislador no ha logrado, o no ha querido lograr, mayores avances con una Ley de transparencia que nunca lo fue.

2.4. Reflejo constitucional de la transparencia y el acceso a la información pública en el derecho español

2.4.1. El artículo 20.1 a) y d) CE: Fundamento constitucional de la transparencia y el acceso a la información pública¹⁴

Ab initio, y tal y como figura en la Constitución Española de 1978, Título Primero De los Derechos y Deberes Fundamentales, Capítulo II Derechos y Libertades, Sección 1 De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el artículo 20, punto uno, dos y tres reza lo siguiente (CE, 1978):

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

¹⁴ Subepígrafe basado en Hernández Godínez (2010, Capítulo III, 1) y Núñez Martínez (2008).

En primer lugar, cabe destacar que el apartado a) hace referencia al derecho de libertad de expresión, mientras que el segundo lo hace a la “libertad de recibir y comunicar información veraz” (art. 20.1, CE, 1978). El presente análisis se ceñirá a la elaboración de las bases del derecho de transparencia y acceso a la información pública como derecho fundamental respaldado por la CE. En este sentido no se analizarán los límites de ni se tratará el debate sobre si los apartados a) y d) conforman un único derecho o dos distintos, dado que desbordarían el debate de este subepígrafe.

Antes de dedicarnos al verdadero núcleo del análisis, se debe constatar que este artículo parece haber nacido bajo la inspiración de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala en su art. 19 que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión” haciendo explícita mención de que “este derecho incluye el [...] de investigar y recibir informaciones [...], y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (ONU, 1948, pp. 6). Sobresalta que la DUDH esté configurada de forma tan amplia que hasta incluye el precepto de la investigación para recabar información pública, mientras que la CE se limita tan solo a dos de sus preceptos, los de “comunicar y de recibir información” (art. 20.1, CE, 1978). Por un lado, hay quienes lo defienden al entender que investigar es un sinónimo del acceso a la información, por el otro, los que señalan una clara falta de apertura (Fernández Miranda Y Campoamor, 1984).

A primera vista ya destaca el eminente hecho que este artículo trata de libertades del proceso de comunicación en el ámbito público. En línea con lo argumentado *a priori* la jurisprudencia no ha dejado lugar alguno para dudas en que estas libertades, en cuanto son de interés público, son de crucial importancia para la construcción de un Estado democrático de derecho, como bien demuestran las cuantiosas STC, tales como, 6/1981, 104/1986, 159/1986, 171/1990, 172/1990, 219/1992, 240/1992 y 173/1995. La libertad de expresión requiere implícitamente la libertad a la información, dado que “la expresión de pensamientos necesita apoyarse en hechos” (Cavero Lataillade en Escobar de la Sierra, 1999, pp. 38), sin la imposición de barreras por los entes públicos, sino con su activa promoción de los mismos en defensa de la democracia, que tan solo puede funcionar con una libre circulación de ideas, pensamientos y opiniones, así como de la información (Castillo Córdova, 2007). A la luz de esta interpretación, la identificación de los cuatro apartados del artículo no trata cuestiones distintas, sino una misma esencia, las garantías del Estado democrático.

La primera diferencia entre los apartados a) y d) se encuentra en el alcance de los mismos. Mientras el primero de ellos se refiere a “pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” (art. 20.1 a), CE, 1978), es decir un alcance de lo más amplio posible comprendiendo la protección de todo tipo de valoración personal a través de todo soporte; el segundo en cambio exige cierto interés público (STC 61/1988). Es precisamente por ello que Fernández Montalvo (2002) subraya la importancia de que sirva a la causa común.

También se debe tener en cuenta que el apartado a) se refiere a “pensamientos, ideas y opiniones” (art. 20.1 a), CE, 1978), es decir la amplia protección de todo tipo de valoración personal. La letra d) “versa, en cambio, sobre hechos” (STC 61/1998), lo que significa que gira entorno a “la noticia o el dato” (STC 223/1992). *Ergo* se puede decir que en el primer apartado se protege la libertad de expresión, mientras que en el segundo se garantiza el derecho de transmisión y recepción de toda información, cabiendo destacar especialmente que debe ser “información veraz” (art. 20.1 d), CE, 1978) siempre y cuando sea constitutiva del interés común.

Tal y como ya se ha sugerido, el derecho a la información tiene una doble vertiente (STC 6/1981 & 13/1985). Por un lado y, en este sentido, también se podría definir como derecho pasivo o “de provisión”, dado que constata la obligación de para los entes públicos de proveer información pública veraz. Allí detalla la obligación de ceñirse a la “información veraz” (art. 20.1 d), CE, 1978) lo que significa que las administraciones públicas tienen tajantemente prohibido por la CE misma cualquier tipo de manipulación de la información. Por el otro lado protege el derecho activo o “de recepción” a “recibir libremente” (art. 20.1 d), CE, 1978) dicha información, lo que se traduce en que este derecho no está ligado a ningún requisito previo como podría ser la motivación y posible posterior denegación de la misma. Así no solo lo sugiere la redacción impersonal del artículo, sino también lo hace el TC ya en el año 1988 afirmando que la titularidad activa corresponde a todo individuo, excluyendo así la limitación de la pertenencia a la ciudadanía o a la nacionalidad (STC 6/1981). Por tanto, se otorga sin lugar a duda alguna un carácter universal a este derecho, del que pueden disfrutar todos los individuos sin limitación alguna.

Otrosí el artículo hace referencia a “la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades” que la “ley regulará” (art. 20.1 d), CE, 1978), en concreto la LO 2/1997. Este derecho encuentra mención directa en el apartado d), por su vinculación directa. Como los medios de comunicación constituyen uno de los factores claves para conformar la opinión pública, de esencial importancia para toda democracia, deviene crucial salvaguardar la libertad de información y, en especial, la de los profesionales de la información. A tales efectos estos deben ser protegidos en

la relación de una evidente situación de desigualdad fáctica e incluso presión ante y por el medio de comunicación. Para poder garantizar el pluralismo y la libertad de información en el ámbito de los medios que formarán, en amplia medida, la opinión pública y con ello la base del debate público es estrictamente necesario proteger ampliamente a los profesionales de la información frente a todo tipo de presión. Este derecho se encuentra complementado por el secreto profesional, que posibilita el derecho de no revelar las fuentes ni ante el propio medio (STC 172/1990 & 6/1996). En este sentido el TC indica contundentemente que en su STC 225/2002 que:

No es ocioso recordar cómo la progresiva diferenciación de la libertad de información respecto de la de expresión a medida que la transmisión de hechos y noticias ha ido adquiriendo históricamente importancia esencial, supuso no sólo el reconocimiento del derecho a la información como garantía de una opinión pública libre en un Estado democrático, sino la exigencia de evitar que su ejercicio por parte de las empresas de comunicación, generalizadas como medios de transmisión de las noticias, pudiera atender a la finalidad del derecho o a su ejercicio por parte de aquellos profesionales que prestan servicios en ellas, titulares a su vez de la misma libertad de información. Es respecto a dichos profesionales donde encuentra sentido el reconocimiento del derecho a la cláusula de conciencia como garantía de un espacio propio en el ejercicio de aquella libertad frente a la imposición incondicional del de la empresa de comunicación, esto es, frente a lo que históricamente se designaba como «censura interna de la empresa periodística».

Por lo que respecta a la ya antes citada veracidad de la información, se debe precisar que se exige una cierta diligencia por parte del sujeto pasivo para garantizar la exigencia constitucional por veracidad. Como ya dicta la propia lógica no se pretende obligar a los entes públicos a publicar información que coincida 100% con la realidad misma; sino que se trata de garantizar la exactitud y objetividad de la información proveída a la par de evitar que la comunicación de información manipulada, incompleta, incorrecta o bien intencionalmente falseada ponga en peligro el Estado democrático (STC 6/1988, 223/1992 y 47/2002).

Summa summarium se podría decir que existe un reconocimiento constitucional explícito del derecho universal a recibir información y, no solo una mera alusión al derecho de acceso a la información pública, sino su respaldo tácito, apoyado por la doctrina inequívoca del TC. Aunque no puede caber duda de que este precepto jurídico debe ser desarrollado en su propia norma, la presencia del fundamento jurídico de la transparencia y el acceso a la información es diáfano.

2.4.2. El artículo 105 b) CE – ¿derecho constitucional, fundamental o ambos?¹⁵

Ab initio, y tal y como figura en la Constitución Española de 1978, Título IV Del Gobierno y de la Administración, Capítulo III De los Tratados Internacionales, el artículo 105, reza lo siguiente (CE, 1978):

La ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

En primer lugar, cabe destacar que los apartados a) y c) hacen referencia a la audiencia de los interesados en los procedimientos administrativos, mientras que el segundo lo hace al “acceso de los ciudadanos a archivos y registros administrativos” (art. 105, CE, 1978). El presente análisis se ceñirá a la elaboración de las bases del derecho de transparencia y acceso a la información pública como derecho fundamental respaldado por la CE. En este sentido el análisis se centrará en el apartado b) y excluirá, igual que en el apartado anterior, el debate sobre los límites, dado que desbordarían el debate de este subepígrafe.

Antes de comenzar con el análisis en sí cabe mencionar que, afín al subepígrafe anterior, el presente artículo podría encontrarse inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala en su artículo 19 que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión” haciendo explícita mención de que “este derecho incluye el [...] de investigar y recibir informaciones [...], y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (ONU, 1948, pp. 6). Aunque en el presente caso la inspiración no es tan patente como en el anterior, existe un claro paralelismo entre los artículos en cuestión, el acceso a la información. Mientras el art. 20.1 d) habla en términos generales de “recibir libremente información” (CE, 1978), el art. 105 b) se refiere concretamente a “archivos y registros administrativos”. Asimismo, coincide con el subepígrafe anterior en que el artículo trata libertades del proceso de comunicación en el ámbito público.

Conviene inaugurar el análisis como tal sopesando el emplazamiento del artículo en cuestión y, con ello, el principal argumento de la corriente dogmática que se

¹⁵ Subepígrafe basado en Rollnert Liern (2014) & Hernández Godínez (Febrero de 2010).

posiciona en contra de la consideración del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. En términos generales se podría decir que toda carta magna se divide en una parte dogmática en la que se ubican los derechos fundamentales y otra orgánica que regula los poderes públicos. La cuestión reside en que el art. 105 se encuentra ubicado en el Título IV Del Gobierno y de la Administración, Capítulo III De los Tratados Internacionales y no en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, por lo que tampoco disfruta de las garantías especiales establecidas en el art. 53.2 CE. No obstante, Rollnert Lieren (2014, 351) señala lo siguiente:

Sin embargo, aunque la expresa previsión en el art. 105 b) CE de un derecho de acceso a los archivos y registros administrativos cuya regulación se remite a la ley facilita extraordinariamente la negativa a considerarlo un derecho fundamental ofreciendo una cómoda ruta de escape para evitar afrontar directamente la cuestión de su inserción en la libertad de información, no es en absoluto determinante.

Tal y como se enuncia *a priori*, el mero hecho de requerir un desarrollo legal aparte de la propia referencia constitucional no constituye necesaria e implícitamente una exclusión de su consideración como pieza del derecho fundamental a la libertad de recibir información enunciado en el art. 20.1 d), que si está contenido en la Sección Primera del Capítulo II del Título I. En este sentido el art. 105 b) podría interpretarse como desarrollo constitucional del propio art. 20.1 d) enmarcado en el ámbito de la comunicación y recepción de información entre ciudadano y Estado.

Otro argumento presentado por los adversarios de la consideración como derecho fundamental del art. 105 b), consistente en defender que la calificación como derecho fundamental de un derecho que no es considerado explícitamente como tal por la propia constitución, supondría una innegable e ilícita innovación y manipulación de la realidad jurídica proclamada por la CE. Dicha alteración solo es posible, según indican, modificando la CE o a través de una proclamación del TC como máxima autoridad interpretativa de esta.

Sin embargo, cabe destacar que esta argumentación incurre en un fundamental error de concepto. No se trata de crear un nuevo derecho total y absolutamente ajeno a la CE y lo que esta proclama o incluso una ilícita manipulación de la realidad jurídica creada constitucionalmente, sino de una lícita interpretación del texto de la *Magna charta*. En este sentido debe tenerse en cuenta el Título Primero De los Derechos y Deberes Fundamentales, art. 10 que indica que (CE, 1978):

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Tal y como indica el apartado segundo tanto las “normas relativas a los derechos fundamentales” como las “libertades” contenidas en la CE se deben “interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas” (art. 10.2 CE, 1978). Por ende la propia CE legitima la interpretación del art. 105 b) a la luz del art. 19 DUDH, del art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, además de posibles tratados y acuerdos internacionales que España podría ratificar en el futuro (TEDH, 1950; ONU, 1948 & ONU, 1976). A esto se le debe añadir que se trata de una obligación universal, por lo que también engloba al propio legislador. *Ergo* la argumentación presentada por los enemigos de la declaración del derecho de acceso a información pública contenida en los archivos y registros administrativos como fundamental es, en este sentido, nula.

Así también falla el TC en su STC 36/1991 de forma inequívoca al sostener que el art. 10.2:

[...] obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta [en referencia a la CE] [...], de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.

No obstante, los contrarios a considerar el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, también pretenden hacer efectiva su argumentación anterior a través de la exclusión *de facto* del art. 105 del recurso de amparo. A primera vista así también lo parece afirmar el TC al declarar que (STC 161/1988):

[...] las reglas y principios contenidos en los arts. [...] 105 b) [...] de la Constitución son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto que en ninguno de ellos se reconocen derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución.

La sentencia *ut supra* constata que en base al art. 105 no cabe el recurso de amparo, razón por la que, por lógica exclusión, el propio art. 105 no puede tener carácter de derecho fundamental. Sin embargo, el *quid* de la cuestión no reside en ese interrogante, es decir si el art. 105 constituye por si solo un derecho fundamental o no. La verdadera cuestión nuclear consiste en la discusión sobre si el art. 105,

aparte de constituir un derecho propio de acceso a la información público-administrativa, debe ser interpretado como pieza clave del art. 20.1 de recepción y comunicación de información. Precisamente por el hecho de que el art. 105 por sí solo no constituye un derecho fundamental, no puede caber el recurso de amparo. Pero si el recurso de amparo se hubiera basado en el art. 20, en el que se encuentra englobado implícitamente el acceso a la información pública protegido en el art. 105, probablemente hubiera florecido. Esto significa que el acceso a la información pública, como parte del derecho fundamental de recibir y comunicar información, se convierte, en este marco, en parte de un derecho fundamental.

En lo que concierne esta argumentación la jurisprudencia española no presenta un claro veredicto, aunque sí una cierta evolución. En un inicio tan solo se limitaba a señalar que (STS de 30 de marzo de 1999):

[...] el artículo 105.b) [...] remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho [...] de libertad de información [...]

Como bien se puede observar el TS defendía que el art. 105 b) no constituye un derecho fundamental por sí solo pero que existía una cierta relación con el art. 20.1, descrita como “instrumental respecto de determinados derechos fundamentales, aun cuando no goce, en sí, de la protección reforzada de los mismos” (STS de 14 de noviembre de 2000). Más adelante esta tendencia ya demostraba otro avance en su evolución, dado que incluso se postulaba que (STS de 19 de mayo de 2003):

[...] el derecho a comprobar la veracidad de una información es un derecho derivado del artículo 20.1.d), pero que es imprescindible conectar [...] con el derecho establecido por el artículo 105.b)

[...] ejercitándose estrictamente el derecho a tener acceso a los archivos y registros administrativos, no es posible negar la conexión del artículo 20.1.d) con el artículo 105.b)

Tal y como se detalla *ut supra*, se ha pasado de admitir la mera existencia de una cierta conexión a constatar que el art. 105 b) nace a partir del art. 20. Pero es más, se le otorga una especial importancia a este nexo, detallándolo como “imprescindible” e innegable. En resumen, se podría por tanto decir que el TS ha reconocido, no única y exclusivamente una conexión cualquiera entre el art. 20 y el art. 105, sino total y absolutamente trascendental. En este sentido el TS también ha interpretado la carta magna en la forma prescrita en el art 10.2 CE, y, *por ende*, afirmado el argumento presentado *a priori*.

En ausencia de mayor precisión y claridad en la jurisprudencia española nos remitiremos de forma subsidiaria a la comunitaria, dado que esta también moldea el derecho nacional, así como la interpretación del mismo. Al igual que en el caso

español el TEDH comenzó defendiendo que la derivación a un derecho de acceso a la información y a los archivos y registros administrativos era dudosa (STEDH de 28 de septiembre de 2004). Sin embargo y, a diferencia de la jurisprudencia española, Estrasburgo afirmó inequívocamente en el año 2006 que el acceso a la información público-administrativa debería ser comprendido englobado en el marco de la libertad de comunicación y recepción de información (STEDH de 10 de julio de 2006). En este sentido también falla la CEDH al recomendar precisamente que se vincule directamente el acceso a la información pública con la libertad de comunicación y recepción de la misma (Rec. de la Comisión, de 21 de febrero de 2002 & Rec. de la Comisión, de 13 de julio de 2000). En el año 2009 esta corriente doctrinal europea se materializó en el Convenio del Consejo de Europa, sobre el Acceso a los Documentos Públicos que incluso hace vinculante dicha interpretación unionista (CdE del 18 de junio de 2009). Otrosí y, tal y como ya se ha enunciado *a priori*, este derecho enunciado en el art. 19 DUDH, ha sido calificado como constitucional en el TFUE (TFUE/2007).

Summa summarium se podría decir que existe un amplio consenso, tanto dogmático como jurisprudencial, sobre el hecho de que el art. 105 CE no solo presenta una cierta conexión con el art. 20, sino que están tan íntimamente relacionados que su vínculo sea calificado como “inegable” e incluso “imprescindible” (STS de 19 de mayo de 2003). Después de la presentación de los razonamientos a favor y de la clara refutación de los principales argumentos de los detractores en combinación con la observación de la evolución jurisprudencial española y, de forma subsidiaria, a nivel comunitario, no puede haber duda alguna de que no se trata de un mero derecho constitucional, ni tampoco de un derecho fundamental, sino de un derecho que, englobado en el marco del art. 20, sí cobra carácter fundamental. En este sentido en el plano internacional el presente veredicto se acerca cada vez más a un amplio y tajante consenso, donde, bien como derecho fundamental propio o, como parte del de comunicar y recibir información, ya ha alcanzado una mayoritaria calificación como derecho de índole fundamental. Volviendo al caso español cabe destacar que, aunque en la CE la transparencia no se explicita literalmente, su espíritu es omnipresente a través del principio de publicidad. Precisamente por ello y por la meridiana presencia del art. 10.2 CE el legislador español hubiera podido y debido tomar medidas concretas en el lícito desarrollo de la propia *Magna charta*.

3. Transparencia y acceso a la información pública: Europa vs. Reino de España

Tras un amplio examen de la literatura, hemos podido deslindar los conceptos clave en torno a la transparencia y el acceso a la información pública. Estos conceptos han sido estudiados, se ha expuesto el “*state of the art*” y se ha comentado en su vertiente constitucionalmente relevante en el plano del derecho comunitario y español. El presente epígrafe se centra en un debate activo y comparativo.

Primeramente, contrastaremos la Constitución apaciguadora con la de la transición. En este sentido cabe destacar que tanto en el plano europeo, como en el español se parte de un conflicto bélico duradero y profundo que ha dejado atrás un campo de batalla destrozado y suspicazmente enfrentado. No obstante, el europeo se podría calificar como aún más intenso y abisal. Una de las diferencias cruciales que marcaron notablemente ambas trayectorias reside en que con el proyecto europeo se construyó una constitución basada en una comunidad entre iguales, mientras que en España los ganadores y los perdedores de la guerra negociaron un pacto. Este hecho ha marcado notablemente el espíritu de las constituciones. Por un lado, la europea al tratarse de un proyecto unificador que empezó por el acercamiento de la vertiente económica y se extendió a los lazos políticos para asegurar la paz. Así la transparencia y el acceso a la información pública se han reconocido paulatinamente gracias a, en especial, sus Estados miembros que gozan de una cierta tradición vanguardista en estos ámbitos. Por el otro lado la española que se remonta a una amplia colección de secretismos y abusos, cuyos herederos parecen ostentar convertirse en los “celosos guardianes de los registros y archivos bajo su control” (Rivero Ortega, 2011, pp. 230).

Por lo que concierne los principios inspiradores de la legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública, se debe volver a subrayar su especial relevancia como columna vertebral de toda norma. No se volverá a proceder a la concreción de los mismos, dado que ya se haya en los correspondientes subepígrafes. Sin embargo, sí que sobresalta que los principios inspiradores propuestos por la UE en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 (Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001) y el informe sobre el mismo (Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 27 de febrero de 2014), muestra amplias coincidencias con la propuesta presentada por la Coalición Pro Acceso (2013).

A tales efectos en la siguiente tabla se ha elaborado un resumen de las posibles, pero no únicas, equivalencias de los principios europeos y españoles:

Tabla 2
Equivalencia de principios inspiradores comunitarios y españoles.

#	Principio Comunitario	Principio Español	#
1	<i>Derecho de acceso general y no condicional</i>	<i>El derecho de acceso a la información como derecho fundamental de toda persona</i>	1
2	<i>Principio del perjuicio o del daño</i>	<i>Universalidad de destinatarios de la aplicación del derecho de acceso a la información pública</i>	2
3	<i>Vía de recurribilidad</i>	<i>Principio de publicidad de la información</i>	6
		<i>Toda persona tiene el derecho a recurrir las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes realizadas</i>	8
4	<i>Principio de flexibilidad y efectividad del sistema</i>	<i>Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito</i>	4
		<i>Los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes</i>	5
		<i>El derecho de acceso a la información debe ser garantizado por un órgano independiente</i>	1 0
5	<i>Principio de acceso parcial</i>	<i>Las denegaciones de acceso a la información deben ser limitadas y estar debidamente motivadas</i>	7
6	<i>Principio de máximo acceso</i>	<i>Universalidad de extensión del derecho de acceso a la información</i>	3
7	<i>Principio de cooperación leal</i>	–	–
–	–	<i>Las entidades públicas, a iniciativa propia, deben poner a disposición del público información básica y esencial sin que sea necesario realizar una solicitud</i>	9

Fuente: elaboración propia en base a CAPÍTULO III., subepígrafes 1.2. y 2.2..

Como bien se puede observar *ut supra*, primeramente destaca que existen muy escasos principios que no encuentran su análogo, hecho que se debe a que los principios comunitarios se refieren única y exclusivamente al acceso a la información pública, mientras que los españoles incluyen una explícita mención de la transparencia (Principio 9). Además, en el ámbito comunitario existe una reforzada necesidad de hacer hincapié en la cooperación entre los distintos entes, que en el ámbito nacional no se suele dar. *Ergo* se podría deducir que los principios españoles cumplen plenamente los estándares europeos. Por tanto, también se podría afirmar que el espíritu predominante refleja la misma esencia. Sin embargo, en este sentido cabe destacar que los citados principios europeos se encuentran comprendidos en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 (Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001), mientras que los españoles constituyen una mera propuesta de la Coalición Pro Acceso (2013), lo que significa que reflejan el espíritu de una propuesta privada pero no del Estado Español.

En lo que concierne el desarrollo legal constitucionalmente impuesto de la transparencia y el acceso a la información pública resultante en la Ley 19/2013

primeramente cabe subrayar que la Coalición Pro Acceso ha demostrado acercarse notablemente a los estándares internacionales, lo cual se demuestra en la gran equivalencia de los principios inspiradores españoles y europeos. No obstante, la propia Ley 19/2013 no ha atendido las sugerencias de la Coalición, sino que incluso las ha desoído, razón por la que la calidad del resultado normativo es un tanto dudosa. Es precisamente por esa razón que la comparación internacional ha resultado tan devastadora, como bien demuestra que España, lejos de cumplir los estándares internacionales, limita gravemente el acceso a la información pública. Asimismo, y a diferencia de, ente otras, las citadas organizaciones internacionales y el TEDH, España sigue considerando el derecho de acceso como derecho administrativo en vez de atribuirle un cierto carácter fundamental.

Epílogo

1. *Recapitulación*

El objetivo principal inicialmente propuesto de este estudio consistía en demostrar la viabilidad jurídico-política de la efectiva integración de la transparencia y el acceso a la información pública como herramienta democratizadora de todo Estado, así como demostrar el fundamento tanto jurídico como político de la construcción de este nuevo derecho fundamental.

Primeramente, se ha procedido al examen de la literatura. En esta exploración se ha optado por comenzar por las raíces del objeto de la investigación. Por un lado, para poder estudiar el tema tan libre de contaminación y distorsión externa como sea posible. Por el otro y, sobre todo por ello, para poder comprender el origen del objeto de estudio, dado que solo así se podrá comprender en su totalidad. Es por ello que se ha comenzado por el establecimiento del nexo entre transparencia y acceso a la información pública con la democracia, llegando a la conclusión que se trata de una simbiosis innegable e inseparable. *A posteriori* y, en este mismo sentido, se ha definido la transparencia y el acceso a la información pública de forma desacoplada para poder comprender todas las piezas que componen este concepto.

En la vertiente jurídica, se ha procedido de igual manera, pasando a la averiguación del origen de los conceptos esclareciendo primeramente de qué Constitución provenían. Así se ha clarificado las diferencias en la tradición histórica, pero también el espíritu de la *Magna charta* misma y de la principal fuerza influenciadora de esta y la futura legislación. Asimismo, se han analizado los principios originadores de la norma como mandatos generalistas para la misma, llegando a la conclusión que los europeos y los españoles presentaban amplias equivalencias. Otrosí, en este marco se ha abarcado el desarrollo normativo del mandato constitucional en la materia, deduciendo que, dadas las numerosas limitaciones y carencias, está lejos de cumplir los principios elaborados por la Coalición Pro Acceso y los estándares internacionales.

Finalmente, se han analizado y comentado las dos principales referencias de la *Magna charta* con respecto a la transparencia y el acceso a la información pública. Así se ha demostrado que es posible deducir el carácter fundamental de la transparencia y, comprendido en el marco de la libertad de recibir y comunicar información, del derecho de acceso a la información pública. Los fundamentos para ello se hallan tanto en la jurisprudencia, como en la propia CE. Por un lado, en los propios artículos analizados y, por el otro, al señalar que debe de ser interpretada conforme a la misma y a la DUDH, así como a los tratados internacionales.

2. Reflexión final

Tanto la corrupción como la lucha por la transparencia y por el acercamiento de información a la ciudadanía parecen estar más cerca y omnipresentes que nunca. Pero hasta el momento la inmensa mayoría de responsables tanto políticos como *de iure* siguen negando su responsabilidad, limitándose a demorar e incluso torpedear el discurso en sí, inmersos en un sistema metastásicamente infestado por la corrupción que, por último, pone en peligro la calidad democrática del Estado.

Sin embargo, tal y como hemos podido demostrar, esta visión ya no se tiene que corresponder necesariamente con la realidad, dado que el fundamento jurídico-político para poder convertir el poder invisible en visible ya existe. Esta crisis podría ser una oportunidad para comprender que *la oscuridad y el secretismo son los enemigos de las sociedades*, por lo que *los servidores públicos deben operar bajo el ojo privado con el fin de evitar intrigas y cábalas desestabilizadoras*.

Bibliografía

1. General: manuales, publicaciones y revistas

- Ackerman, J. M., & Sandoval, I. E. (2005). Leyes de Acceso a la Información en el Mundo. Cuadernos de Transparencia (7), 17-33.
- Alianza para el Gobierno Abierto. (2015). Acerca de: misión y objetivos. Recuperado el 10 de Mayo de 2017, de Sitio Web de Alianza para el Gobierno Abierto: <https://www.opengovpartnership.org/es/acerca-de/misión-y-objetivos>
- Araguàs Galcerà, I., Artigas Monge, R., Contreras Soler, B., Esteve Pardo, Ma. A., Garròs Font, I. et al.. (2017). Los límites al derecho de acceso a la información pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Aristóteles. (1997). Política. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bajo Sanjuán, A., González González, M., & Fernández Fernández, J. L. (2013). Responsabilidad social. adComunica, 225-330.
- Barreda, M. (2011). La calidad de la rendición de cuentas en las democracias latinoamericanas. Paper. Murcia, España: Universitat Oberta de Catalunya.
- Bobbio, N. (1986). El Futuro de la Democracia. Fondo de Cultura Económica.
- Bodin, A. (1576). Les six livres de la République. Paris: Jaques du Puys.
- Bomberg, E., & Stubb, A. (2003). The European Union: How Does it Work? Oxford University Press, 4-17.
- Buesa, M., & Pires, L. E. (2002). Intervencionismo estatal durante el franquismo tardío: la regulación de la inversión industrial en España. Revista de Historia Industrial (21), 159-198.
- Calderón, C., & Lorenzo, S. (2010). Open Government: Gobierno Abierto. Alcalá la Real: Algón.
- Castillo Córdoba, L. (2007). Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC. Revista Jurídica de la UNAM (119).
- Chiavenato, I. (2006). Introducción a la Teoría General de la Administración. McGraw-Hill.
- Coalición Pro Acceso. (21 de Diciembre de 2013). Los 10 principios. Recuperado el 19 de Mayo de 2017, de Sitio Web de Coalición Pro Acceso: <http://www.proacceso.org>
- Comisión de la UE. (12 de Octubre de 2001). La gobernanza europea - Un Libro Blanco. Obtenido de Sitio Web de EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3AI10109>
- Coroan, A., & Campos, E. (2011). Gobierno abierto: Alcance e implicaciones. Madrid: Fundación Ideas.
- Cortés Fernández, J., & Garro Hernández, I. (2017). Estrategia de Desarrollo post2015 de Naciones Unidas: Arquitectos de un mundo mejor. Información Comercial Española, 77-82.

- Cruz Prados, A. (2007). Política de Aristóteles y Democracia (II). Publicaciones de la Universidad de Navarra, 9-32.
- Dahl, R. (2015). La Poliarquía. Participación y oposición. Madrid: Tecnos.
- De León, P. C. (2008). Hacia un Concepto de Transparencia: Orígenes e Importancia. España.
- Democratie Ouverte. (s.f.). Shéma democratie ouverte de Amel Le Coz & Cyril Lage. Recuperado el 15 de Mayo de 2017, del Sitio Web de Democratie Ouverte: <http://democratieouverte.org>
- Diez de Velasco Vallejo, M. (2007). Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos.
- Escobar de la Sierra, L. (1999). Sociedad, Información y Constitución (2a edición ed.). Madrid: Universitas .
- Esponda, K. (2011). La educación ciudadana: acerca de un sentido ético y político de la ciudadanía. Logos, 43-58.
- Flórez Ruiz, J. F. (julio-diciembre de 2012). De maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal. Revista Derecho del Estado, 107-144.
- Feher, L. (s.f.). Aristóteles y la Ciencia Política. Comentarios a las Notas Relativas de Don Manuel Pedroso. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 281-294.
- Fernández Miranda Y Campoamor, A. (1984). Artículo 20. Libertad de expresión y derecho de la información. En O. Alzaga, Comentario a las Leyes Políticas. Madrid: Edersa.
- Fernández Montalvo, R. (2002). Las libertades de información y expresión en el ámbito administrativo. Actas de las VII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional . Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferrajoli, L. (2005). Derecho y Democracia en el Pensamiento de Norberto Bobbio. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 15-36.
- Ferrel E, O. C., & Hirt, G. (2004). Introducción a los Negocios en un Mundo Cambiante. McGraw-Hill.
- García Delgado, D. (1994). Estado y Sociedad. La nueva relación a partir del cambio estructural. Buenos Aires: Norma.
- Guariglia, O. (2010). Democracia: Origen, concepto y evolución según Aristóteles. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 157-190.
- Hernández Godínez, A. (Febrero de 2010). El acceso a la información pública. Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación. Getafe, España: Universidad Carlos III de Madrid.
- Hirschfeld, O., Ludwich, A., Stenge, P., & [Juni Juvenalis, D. (1895). Saturarum Libri V. Mit erklärenden Anmerkungen von Ludwig Friedlaender. Leipzig: S. Hirzel.
- Hobbes, T. (1651). Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill. London: Green Dragon.

- Huntington, S. (1989). El sobrio significado de la democracia. *Revista de Estudios Públicos*.
- Jandt, F. E. (2004). *Intercultural Communication*. SAGE Publications.
- Jiménez Castro, W. (1971). *Administración Pública para el desarrollo integral*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Lagasse, P., & University, C. (2017). Gettysburg address. *The Columbia encyclopedia* (7th ed.). New York, USA: Columbia University Press.
- Maquiavelo, N. (2009). *El Príncipe* (Traducción). Madrid: EDAF.
- Mariel Inés, F. (2014). *La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en Argentina*. Tesis. Sante Fe, Argentina: Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral.
- Martín, S. (2011). Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del soziale Rechtsstaat. *Res publica* (25), 151-175.
- Martin Rebollo, L. (2003). *Constitución Española* (3a edición ed.). Tirant lo Blanch.
- Melián, I. (2015). *La corrupción en España y sus causas*. Melián, I.
- Miaja de la Muela, A. (1976). Nuevas Realidades y Teorías sobre la Efectividad en Derecho Internacional. *Anuario Español de Derecho Internacional*, III, 3-47.
- Monsiváis, A. (2006). Rendición de cuentas democrática y justificaciones públicas: una concepción deliberativa de la calidad de la democracia. *Sociológica* (62), 13-41.
- Núñez Martínez, M. G. (2008). El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española. *Revista de Derecho UNED* (3), 289-317.
- Naci Hernández, B., Díaz Iturbe, D., & Egren Moreno, J. Informe de transparencia en los órganos legislativos de las entidades federativas en México. *Monitor Legislativo*.
- Obama, B. (21 de January de 2009). Memorandum on Transparency and Open Government. The American Presidency Project. Washington, USA.
- OECD. (2005). *Modernising Government: The Way Forward*. Paris: OECD Publishing.
- ONU. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris: UN Publications.
- ONU. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. UN Publications.
- OSCE. (2012). *Comentarios al nuevo texto del anteproyecto de ley española de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. OSCE Publications.
- Os Rosais, V. (2009). Aristóteles: perì demokratías. La cuestión de la democracia. *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, 69-101.
- Padial, C. (2000). *Transparencia fiscal internacional, régimen general de interrelación con los convenios de doble imposición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Alberdi, M. R. (2008). Democracia y participación. *Revista catalana de dret públic* (37), 343-370.

- Peruzzoti, E. (1-6 de Octubre de 2007). Rendición de Cuentas, Participación Ciudadana y Agencias de Control en América Latina. Santo Domingo, República Dominicana: Universidad Tocuato Di Tella.
- Pinder, J. (New York). The European Union: A Very Short Introduction. Oxford Univesity Press, 9-32 .
- Pitkin, H. F. (1972). El concepto de representación. Berkeley: University of California Press.
- Rackham, H. (1952). Athenian Constitution. London: Harvard University Press.
- Rackham, H. (1944). Politics. Cambridge: Harvard University Press.
- Rivero Ortega, R. (2011). Vigilando al Estado: El derecho de acceso a la información pública frente a la corrupción gubernamental. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.
- Rollnert Liern, G. (2014). El Dercho de Acceso a la Información Pública como Derecho Fundamnetal: Una Valoración del Debate Doctrinal a Propósito de la Ley de Transparencia. Teoría y Realidad Constitucional, 349-368.
- Rodríguez López, B. (2010). Un buen medio para un buen fin: una visión utilitarista de la democracia. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, 189-208 .
- Rodríguez-Aguilera de Prat, C. (1997). Norberto Bobbio y el futuro de la democracia. Working Paper, Universitat de Barcelona, Barcelona.
- Rowen, H. H. (1961). L'Etat c'Est a Moi': Louis XIV and the State. French Historical Studies (2), 83-98.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (2014). El «Día Después» de la ley de transparencia . Revista Jurídica de Castilla y León (33).
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (28 de Abril de 2014). El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Recuperado el 15 de Mayo de 2017, de Blog de Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M.: <http://sanchezdediego.blogspot.com.es/2014/04/el-principio-de-transparencia-y-el.html>
- Santamarta Salgado, M. (Julio de 2015). Evaluación de la transparencia en las principales empresas públicas del Principado de Asturias. Oviedo, España: Universiad de Oviedo.
- Shedler, A., Diammond, L., & Plattner, M. F. (1999). The Self-Restraining State: Power and Accountability in the New Democracies. Lynne Rienner Publishers.
- Smulovitz, C., & Peruzzoti, E. (2000). Societal Accountability in Latin America. Journal of Democracy , 11 (14), 147-158.
- Stone, N. (1985). La Europa transformada. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Transparencia Internacional y UN-HABITAT. (2004). Herramientas para Promover la Transparencia en la Gobernanza Local. UN Publications.
- Transparency International. (2016). What is transparency? Recuperado el 14 de Mayo de 2017, de Sitio Web de Transparency International: <http://www.transparency.org/what-is-corruption/#what-is-transparency>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1950). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Roma.

Uhlir, A. (2016). Civil Society and Regional Governance. The Asian Development Bank and the Association of Southeast Asian Nations. New York: Lexington Books.

UNESCAP. (s.f.). What is Good Governance? Recuperado el 10 de Mayo de 2017, de Sitio Web de UNESCAP: <http://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>

UNESCO. Declaración Universal de Derechos Humanos. Oficina Regional Europa de la UNESCO.

UNESCO. (2003). Freedom of information: a comparative legal survey. New Delhi: UNESCO Publications.

World Bank. (1997). World Development Report 1997. Washington: Oxford University Press.

2. Jurídica: normativa y jurisprudencia

España. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

España. Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. BOE de 20 de Junio de 1997.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo. BOE núm. 285 de 27 de Noviembre de 1992.

España. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE núm. 295 de 10 de Diciembre de 2013.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 6/1981, de 16 de marzo. BOE núm. 89, de 14 de abril de 1981.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 13/1985, de 31 de enero. BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1985.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 104/1986, de 17 de julio. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1986.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 159/1986, de 16 de diciembre. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1986.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 61/1988, de 8 de abril. BOE núm. 107, de 04 de mayo de 1988.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 161/1988, de 20 de septiembre. BOE núm. 247, de 14 de octubre de 1988.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 171/1990, de 12 de noviembre. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 1990.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 172/1990, de 12 de noviembre. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 1990.

España. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 6/1991, de 14 de febrero. BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 219/1992, de 3 de diciembre. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1992.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 240/1992, de 21 de diciembre. BOE núm. 17, de 20 de enero de 1993.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 223/1992, de 14 de diciembre. BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 223/1992, de 14 de diciembre. BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 173/1995, de 21 de noviembre. BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 6/1996, de 16 de enero. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1996.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 6/1998, de 13 de enero. BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda) Sentencia núm. 47/2002, de 25 de febrero. BOE núm. 80, de 03 de abril de 2002.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 225/2002, de 9 de diciembre. BOE núm. 9, de 10 de enero de 2003.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Recurso núm. 6563/1994. Sentencia de 30 de marzo de 1999.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Recurso núm. 4618/1996. Sentencia de 14 de noviembre de 2000.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Recurso núm. 3193/1999. Sentencia de 19 de mayo de 2003.

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en el 7 de diciembre de 2000. Diario Oficial de la Unión Europea, 18 de diciembre de 2000, núm. 2000/C 364/01.

Unión Europea. Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa, del 18 de junio de 2009, sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

Unión Europea. Recomendación del Comité de Ministros de 13 de julio de 2000, sobre política europea en materia de acceso a archivos.

Unión Europea. Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002, sobre el acceso a la información oficial.

Unión Europea. Tratado de Ámsterdam, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997. Diario Oficial de la Unión Europea, 10 de noviembre de 1997, núm. 340/C.

Unión Europea. Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado CEECA), firmado en París el 18 de abril de 1951.

Unión Europea. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

Unión Europea. Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

Unión Europea. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de diciembre de 2007, núm. 2007/C 306/01 .

Unión Europea. Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Diario Oficial de la Unión Europea, de 29 de julio de 1992, núm. 191/C.

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Loiseau contra Francia*. Sentencia de 28 de septiembre de 2004.

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia *Sdruzeni Jihoceské Matky*, de 10 de julio de 2006.

Unión Europea. Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001. Diario Oficial de la Unión Europea, 31 de mayo de 2001, núm. 145.

Unión Europea. Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre el acceso público a los documentos, de 27 de febrero de 2014. Procedimiento núm. 2013/2155(INI).

3. Lingüística: consultas y etimología

Real Academia Española. (2017). Diccionario. Recuperado entre enero y junio de 2017, del Sitio Web de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Anexo – Listado de abreviaturas

Abreviaturas más comunes

a. C.	antes de Cristo
ADB	Asian Development Bank
Art.	artículo
Arts.	artículos
CdE	Consejo de Europa
CE	Constitución Española o Comisión Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EE.UU.	Estados Unidos de América
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FOIA	Freedom of Information Act
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TI	Transparency International
TIC	tecnologías de la información y la comunicación
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNESCAP	United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UN-HABITAT	United Nations Human Settlements Programme
vs.	<i>versus</i> , contra o contrario a
WWW	World Wide Web

Delimitaciones geográficas

UE	Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos (todos ellos desde 1958); Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (todos ellos desde 1973); Grecia (desde 1981); España y Portugal (ambos desde 1986); Austria, Finlandia y Suecia (todos ellos desde 1995); República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia (todos ellos desde 2004); Bulgaria y Rumanía (ambos desde 2007); y Croacia (desde 2013).
----	--

