

# Del “deber de publicidad” de Brandeis al “Open Government” de Obama. Regulación y control de la información pública a través de las nuevas tecnologías

Lorenzo Cotino Hueso<sup>1</sup>  
Profesor titular de Derecho constitucional  
Universidad de Valencia

Contenido:

<b>1. UN BREVE RECORRIDO EN LA HISTORIA DE LA TRANSPARENCIA Y SUS GARANTÍAS JURÍDICAS .....</b>	<b>2</b>
1. 1. DE KANT Y LA LEY SUECA DE 1766 HASTA EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA DE 2009.....	2
1. 2. LOS DIFERENTES IMPULSOS A LA TRANSPARENCIA DESDE LA UNIÓN EUROPEA.....	5
1. 3. LA FUERTE EMERGENCIA EN AMÉRICA LATINA A FINES DEL SIGLO XX Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO POR LA CORTE INTERAMERICANA EN 2006.....	7
<b>2. LOS MÚLTIPLES CONTENIDOS DE LA TRANSPARENCIA Y SU ESENCIAL COMPONENTE DE CONTROL POLÍTICO .....</b>	<b>9</b>
2. 1. UN CONCEPTO CARGADO DE CONTENIDOS QUE CONSTITUYE UN PRINCIPIO JURÍDICO .....	9
2. 2. EL POTENCIAL DE LA TRANSPARENCIA COMO CONTROL DEMOCRÁTICO Y CONTRA LA CORRUPCIÓN .....	10
<b>3. LA TRANSPARENCIA SERÁ ELECTRÓNICA O NO SERÁ. DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA AL “OPEN GOVERNEMENT” .....</b>	<b>11</b>
3. 1. EL DEBER DE INFORMACIÓN ACTIVA VINCULADO A LOS ORÍGENES DE LA TRANSPARENCIA ELECTRÓNICA .....	11
3. 2. LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA SON ESENCIALES A LAS NOCIONES DE GOBIERNO ELECTRÓNICO .....	13
3. 3. LA TRANSPARENCIA ELECTRÓNICA REBAUTIZADA BAJO EL “E-GOBIERNO 2.0” Y EL “OPEN GOVERNMENT” DE OBAMA.....	14
<b>4. PROPUESTAS DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ANTE LA HIPOCRESÍA DEL LEGISLADOR ....</b>	<b>15</b>
4. 1. LA HIPOCRESÍA Y LOS ESCASOS COMPROMISOS NORMATIVOS DE LOS PODERES PÚBLICOS EN E-TRANSPARENCIA Y E-PARTICIPACIÓN ELECTRÓNICAS .....	15
4. 2. PROPUESTA DE OBLIGACIONES JURÍDICAS Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA RED.....	18
4. 3. LOS “OMBUDSMEN” SON IDÓNEOS PARA VIGILAR LA BUENA INFORMACIÓN ELECTRÓNICA .....	20

---

<sup>1</sup> [cotino@uv.es](mailto:cotino@uv.es), [www.cotino.es](http://www.cotino.es) Coordinador de la Red [www.derechotics.com](http://www.derechotics.com)

El presente escrito se realiza en el marco del Proyecto I+D+I del MICNIN, “Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites”, (DER2009-14519-C05-01/JURI) del que es investigador principal.

## 1. UN BREVE RECORRIDO EN LA HISTORIA DE LA TRANSPARENCIA Y SUS GARANTÍAS JURÍDICAS

### 1. 1. De Kant y la Ley sueca de 1766 hasta el Convenio del Consejo de Europa de 2009

Kant, al final de su obra “Sobre la paz perpetua”, elevó la publicidad de los poderes públicos a la categoría moral, señalando la máxima de que “son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”. Asimismo advertía que no hay que considerar este principio como un mero principio ético sino que hay que tenerlo también como un principio jurídico<sup>2</sup>. Este principio ético y jurídico se ha topado y se topa con inercias contrarias. Así, de un lado y como decía Weber, “[e]l gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad”<sup>3</sup>. No en vano, el secretismo era una muestra más de la superioridad de la administración frente a los administrados, como decía el maestro alemán.

Tras una historia de secreto y poder<sup>4</sup>, con el Estado liberal comenzaron a hurtarse importantes espacios a la opacidad, destacando las inercias puritanas en los países nórdicos. Las primeras manifestaciones del acceso a la información pública vendrán reconocidas conjuntamente con la libertad de expresión e información. De ello es un buen ejemplo la legislación sueca ya del siglo XVIII<sup>5</sup>. En todo caso, el acceso del pueblo a la información pública quedaría por largo tiempo mediada por sus representantes en las instituciones parlamentarias, encargados constitucionales de controlar al Poder Ejecutivo. Sin embargo, con una administración creciente y cada vez más compleja del Estado social el Parlamento perdió la capacidad de control desde fines

---

<sup>2</sup> KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, (6ª ed., trad. de Joaquín Abellán, presentación de Antonio Truyol y Serra, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 61-62. Así, dirá que:

“No hay que considerar este principio como un mero principio *ético* (perteneciente a la doctrina de la virtud) sino que hay que considerarlo también como un principio *jurídico* (que afecta al derecho de los hombres). Un principio que no pueda manifestarse *en alta voz* sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por lo tanto, debería permanecer *secreto* para poder prosperar y al que no puedo *confesar públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante sólo puede obtener esta universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible *a priori*, por la injusticia con que amenaza a todos. – Es, además, un principio *negativo*, es decir, sólo sirve para conocer lo que *no es justo* con respecto a los otros.”

<sup>3</sup> WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (ed. Johannes Winckelmann, nota preliminar de José Medina Echavarría), FCE, México, segunda ed. español, 1964, pág. 746.

<sup>4</sup> Entre otros, puede seguirse esta evolución en el interesante estudio introductorio “Información, secreto y poder”, en RUIZ MIGUEL, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 10-35.

<sup>5</sup> Como se verá en su momento, Suecia es un país pionero en el acceso a la información pública en el mundo, con un arraigo que se remonta a la Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa de 1766. La misma fue resultado de un triunfo de los burgueses liberales sobre el elemento aristocrático, como muestra a la gran desconfianza respecto de los funcionarios. En la misma, además de recogerse la libertad de prensa, “se introduce una quiebra histórica fundamental, bien que excepcional en el Derecho comparado, al esoterismo administrativo, en cuanto proclama expresamente el derecho de acceso de los ciudadanos suecos a la documentación oficial.” Esta norma luego paso al ocaso, hasta la promulgación en 1812 de la Ley de Libertad de Prensa, volviendo a reconocerlo y dotándose de “carácter de parte integrante y sustancial de la vida política sueca.” Ver POMED SANCHEZ, Luis Alberto, *Configuración jurídica del derecho de acceso ciudadanos a los archivos y registros*, INAP, Madrid, 1989, pág. 27 y ss. De este modo, el acceso a la información pública se conecta en este ámbito a la libertad de información, lo cual no ha sucedido en otros ámbitos.

del siglo XX y principios del siglo XX. Y en este periodo, Luis B. Brandeis, el Juez del Tribunal Supremo americano en 1890 expresó con Warren por vez primera el “right to privacy”<sup>6</sup>. Y al tiempo afirmó en 1891<sup>7</sup> que el derecho de privacidad había de ir como “compañero de pieza” del “deber de publicidad”. Ya incluiría ahí su famosa idea de que el sol desinfecta, que también ha inmortalizado a este jurista. No obstante la expresión más conocida de esta idea habría de esperar a un artículo de 1913, donde afirmaría que “La luz del sol es el mejor desinfectante”<sup>8</sup>. Es más, la transparencia (“publicidad”) se demandaba no directamente para el ámbito de lo público, sino para un ámbito donde hoy día está normativamente más exigida como es para el ámbito financiero<sup>9</sup>. También en Italia había alguna expresión del ideal de convertir la administración en una “casa de cristal”, como afirmase el Diputado Italiano Filippo Turati en 1908<sup>10</sup>.

No obstante, los efectos de estas ideas tardarían algo más. Y es en la segunda mitad del siglo XX cuando la transparencia comenzaría a ser un medio complementario de control de la administración creciente. Se aprobó en Finlandia en 1951 la Ley sobre la naturaleza pública de los documentos oficiales y destaca la FOIA (*Freedom of Information Act*<sup>11</sup>) de los Estados Unidos, aprobada en 1966 y reformada en diversas ocasiones. La misma fue una respuesta a los casos de corrupción de los fines de los años 60 y principios de los 70 y, como recuerda Frost, a diferencia de la actual normativa europea, no quería democratizar y legitimar el sistema, sino mejorar los principios de buen gobierno, y en concreto, el control y la confianza del público. En Europa se intensificaría la inercia de la transparencia administrativa como resaca de la ola participativa del mayo de 1968. Desde entonces la transparencia se concibe también como la premisa de la participación en la administración, en especial en sectores como el urbanismo y el medio ambiente. En el último tercio del siglo XX las legislaciones –en incluso las constituciones- de diversos Estados democráticos occidentales ampliaron o comenzaron a reconocer el acceso a la información, lo cual tuvo su reflejo en la Constitución española<sup>12</sup>. Se reconoce a nivel constitucional en Austria<sup>13</sup>, Bélgica<sup>14</sup>,

---

<sup>6</sup> Warren Samuel y Brandeis, Louis D. (1890), “The Right To Privacy”, *Harvard Law Review* 193. Acceso completo en <http://goo.gl/Le3oJ>

<sup>7</sup> Así en una carta de febrero de 1891, que puede leerse en <http://goo.gl/oAP7U>

Cabe seguir el interesante estudio Berger, Andrew “Brandeis And The History Of Transparency”, en Sunlight Foundation, (2009), accesible en <http://goo.gl/1zayp>

<sup>8</sup> “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.”

Así en BRANDEIS, Luis. B., “What Publicity Can Do”, en *Harper's Weekly*, 1913, accesible a texto completo en

<http://goo.gl/dEbaI>

<sup>9</sup> En el artículo se hablada de “Obligar a los banqueros que emiten valores a hacer pública las comisiones o los beneficios que están recibiendo.” Que se mostresse a través de folletos o anuncios lo que el banco recibió, bajo la lógica de que “Si la compensación de los banqueros es razonable, teniendo en cuenta la habilidad y el riesgo que implica, no puede haber objeción a darlo a conocer.” *Ibidem*.

<sup>10</sup> ARENA, G., “Transparencia administrativa y democracia”, cit., pág. 10.

<sup>11</sup> Freedom of Information Act, 5 USC § 552 (1994). Se sigue básicamente, FROST, Amanda, “Restoring Faith in Government: Transparency Reform in the United States and the European Union”, en *European Public Law*, vol. 9, Issue 1, 2003, págs. 87-104. En español, también, POMED SANCHEZ, Luis Alberto, *Configuración jurídica del derecho de acceso ciudadanos a los archivos y registros*, cit. págs. 46 y ss. En internet, en general cabe remitir a <http://www.accessreports.com/links.html> (7/7/2003), así como [http://www.law.utas.edu.au/foi/bookmarks/FOI\\_index.html](http://www.law.utas.edu.au/foi/bookmarks/FOI_index.html)

<sup>12</sup> En la Constitución española no se reconoce directa y expresamente un principio de “transparencia” de la Administración (nomenclatura utilizada en la Ley 6/1997 de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, art. 3. 2 g), pero no cabe duda que encuentra clara y directa cobertura constitucional: la publicidad de las normas y la seguridad jurídica (art. 9. 3 CE), la necesaria motivación de los actos administrativos (art. 9. 3 y 24 CE), el derecho de autodeterminación informativa respecto de la Administración (art. 18 CE), el derecho a la información (art. 20 CE) y, sobre

Finlandia<sup>15</sup>, Grecia<sup>16</sup>, Países Bajos<sup>17</sup>, Portugal<sup>18</sup>, Suecia<sup>19</sup> y recientemente en Noruega<sup>20</sup>. En los años noventa los países excomunistas de Europa del Este comenzaron a adoptar leyes de transparencia en su camino de homologación democrática con la Unión Europea, a la cual accedieron más tarde. En materia de transparencia más que el reconocimiento constitucional es fundamental el desarrollo y la concreción de garantías a nivel legal y actualmente en la Unión Europea, sólo España, Malta y Luxemburgo no han regulado la materia. Para el conjunto de Europa y consituye un hito el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2009<sup>21</sup>.

---

todo, en el artículo 105 b) CE que reconoce “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.”

<sup>13</sup> En Austria (artículo 20 de su Constitución tras reforma de 1987) cabe señalar que no se reconoce a modo de derecho subjetivo, sino que se impone la obligación general de suministro de información, no el derecho:

20. (4) “Todos los órganos que tengan encomendadas funciones de administración federal, de los Estados, o municipal, así como los órganos de otras corporaciones de Derecho público, deberán informar sobre las materias de su ámbito autónomo de competencias, mientras no se haga valer una obligación legal de guardar silencio; las representaciones profesionales sólo estarán obligadas a informar respecto a sus respectivos integrantes y esto en la medida en que no resulte impedido el ordenado cumplimiento de sus actividades legales. La regulación más detallada respecto a los órganos de la Federación, así como a la autoadministración regida por las leyes federales, corresponderá a las competencias de legislación y de ejecución de la Federación en lo tocante a los órganos de los Estados y municipios así como a la autoadministración regida por las leyes de los Estados, será competencia federal la legislación básica, de los Estados, la legislación de desarrollo y la ejecución.”

<sup>14</sup> Así en el artículo 32 de su Constitución en virtud de reforma de 1993: “Toda persona tiene derecho a consultar documentos administrativos y a que se le suministre copia, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos por la ley, el decreto o la disposición prevista en el artículo 134.”

<sup>15</sup> Finlandia, artículos 10. 2º y 16. 2º: “Artículo 10. 2º Los documentos y grabaciones que estén en posesión de una autoridad serán públicos, a no ser que se haya limitado la publicidad por razones necesarias, expresamente por ley. Cada uno tendrá derecho a informarse por medio de documentos y grabaciones públicas.”

“Artículo 16. 2º: La publicidad de las actuaciones, el derecho a ser oído, el derecho de recibir decisiones motivadas, el derecho de recurrir y otras garantías para que haya juicios con garantías y una buena administración, se garantizarán por ley.”

<sup>16</sup> En Grecia se recoge la necesidad de justificar la denegación de información en su artículo 10. 3º: “Toda solicitud de información obligará a la autoridad competente a dar una respuesta en la medida en que tal cosa este prevista por la ley.”

<sup>17</sup> En los Países Bajos se reconoce de forma genérica el principio de publicidad en sus funciones en el artículo 110: “Los poderes públicos observarán, en el ejercicio de sus funciones, reglas de publicidad, de conformidad con lo dispuesto por la ley.”

<sup>18</sup> En Portugal se reconoce el derecho a ser informado vinculado a la participación en su artículo 48.2º (también en el artículo 268): “2. Todos los ciudadanos tienen el derecho a ser informados objetivamente sobre los actos del Estado y demás entidades públicas y de ser informados por el Gobierno y otras autoridades acerca de la gestión de los asuntos públicos.”

<sup>19</sup> Se reconoce el acceso en la clásica y conocida Ley de libertad de información, capítulo II, de 1766, que cuenta con rango constitucional.

<sup>20</sup> En reforma de 2004, artículo 100 “Toda persona tiene derecho de acceso a los documentos del Estado y la administración municipal, así como un derecho de estar presente durante las audiencias de las cortes y las sesiones de las asambleas elegidas.

La ley puede limitar este derecho respecto al derecho de la intimidad y otras consideraciones de peso.”

<sup>21</sup> Existe una muy completa traducción no oficial al español, conjunta al texto oficial en inglés, realizada por M. Sánchez de Diego en <http://goo.gl/Kz7EA>

## 1. 2. Los diferentes impulsos a la transparencia desde la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea la emergencia de la transparencia y muy clara, si bien, parece obedecer a impulsos bien diferentes<sup>22</sup>.

Así, de un lado está conectada con la participación y se configura como un elemento de legitimación del sistema político de la Unión. De otro lado, la regulación impulsa la puesta a disposición de información pública al público, pero como materia prima que explotar. De igual modo, la transparencia se impone a los Estados como una importante exigencia de buen gobierno, pero para el ámbito privado.

Ya a principios del siglo XXI y especialmente en la Unión Europea la transparencia ha pasado a ser elemento esencial de la apertura y la participación. El Libro Blanco “La reforma de la Comisión”<sup>23</sup>, de 2000 fijó la atención en la transparencia y ésta pasó a ser de interés directo, fundamental y transversal en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de 25 de julio de 2001<sup>24</sup>. También en 2001 se aprueba el avanzado Reglamento (CE) n° 1049/2001, la norma de acceso a la información ante las instituciones y órganos de la Unión, que entre otras cosas regulaba ya el ejercicio electrónico de acceso. Y a solicitud de Países Bajos y Países Nórdicos se dotó de rango constitucional al acceso a la información. Así, desde 2000 se reconoció tanto el “nuevo” derecho fundamental a la buena administración (art. 41)<sup>25</sup> cuanto, en especial, el artículo 42 del “Derecho de acceso a los documentos”<sup>26</sup> en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico Tratado de Lisboa de 3 de diciembre de 2007 (en vigor desde 2009), y con una obra jurisprudencial muy amplia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como he hecho en otros estudios<sup>27</sup>, debe insistirse en que en el ámbito de la Unión Europea la transparencia es especialmente un instrumento de legitimación frente a su déficit democrático. Si en Estados Unidos la transparencia “se percibe como una práctica más del buen gobierno, en la Unión Europea se observa como un prerrequisito constitucional de democracia”<sup>28</sup>, la Unión Europea ha sacralizado a la transparencia, la

---

<sup>22</sup> Sobre el tema, me remito a mis trabajos “Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución Europea y en la realidad de su ejercicio”, en *La Constitución Europea : actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España* / coord. por Hector López Bofill, Marc Carrillo López, 2006, págs. 285-308. [Acceso aquí](#)

“Theory and Reality of Public Access to EU Information” en Deirdre Curtin, Alfred E. Kellermann, Steven Blockmans (eds.) *The EU Constitution : the Best Way forward?*, The Hague: TMC Asser Press, 2005 y El derecho fundamental del ciudadano administrado europeo a la transparencia e información pública”, en *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero*, (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 725-754.

<sup>23</sup> Libro Blanco *La reforma de la Comisión*, COM(2000) 200 final, Bruselas, presentado en dos partes, el 5 de mayo de 2000.

<sup>24</sup> Bruselas, 25.7.2001, COM (2001) 428 final, su texto en [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001_0428es01.pdf) (12/5/2002).

<sup>25</sup> Cabe recordar que dentro de este “nuevo” derecho fundamental a la buena administración reconocido en el artículo 41 se incluye (aptdo. 2. 2º) “el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional de los asuntos” así como (aptdo. 3) “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.”

<sup>26</sup> Su redacción final es: “Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.”

<sup>27</sup> “A propósito del dudoso modelo participativo propuesto para la Unión Europea y el papel legitimador atribuido a la transparencia”, en Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Manuel José Terol Becerra, Francisco Javier Pérez Royo (coords), *Derecho constitucional para el siglo XXI : actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vol. 1, 2006, págs. 2272-2300.

[Acceso aquí](#)

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 101.

ha puesto incluso por encima de los principios del buen gobierno. De ahí que se haya criticado que es una “notable ausencia”<sup>29</sup> que el derecho de acceso no se acompañe de un derecho de participación, por lo que la transparencia queda en algo simbólico<sup>30</sup>. En este punto, con Cerrillo hay que insistir que la transparencia a lo sumo complementa la legitimación pero nunca la suplanta, que no hay que dejarse llevar por la transparencia<sup>31</sup>. De total interés son las “normas” de 2002 consulta de la Comisión a la sociedad civil<sup>32</sup> y, sobre todo, el Reglamento (UE) nº 211/2011, sobre la iniciativa ciudadana europea la iniciativa ciudadana europea regulada en 2011 es un elemento que viene a compensar esta falta de regulación participativa.

Así, más allá de toda consideración jurídica o política, no debe perderse de vista una de las fuerzas que convergen a favor de la información pública en el marco europeo, y quizá una de las más importantes: *la información pública como materia prima y valor económico fundamental*. Así, desde Libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información de 1998<sup>33</sup> se inició un proceso que culminó con la Directiva europea de reutilización de la información pública que genera la obligación de dispensar información pública en formato electrónico<sup>34</sup>. Ahora bien, lejos de cualquier lógica de transparencia democrática, la información pública es sólo “materia prima” que se ha de liberar para que el sector privado pueda adquirirla a precio razonable y generar nuevas oportunidades de negocio<sup>35</sup>. En razón de dicha Directiva se ha aprobado la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, y como se señala en la Exposición de Motivos, “no se modifica el régimen de acceso a los documentos administrativos consagrado en nuestro ordenamiento jurídico”.

Como se dirá, ahora cobra nuevo impulso bajo el paraguas del “Open government” que incluye el llamado “Open data”. Pese a su importancia, su conexión con la transparencia es bien escasa.

Asimismo, como luego se sigue, la exigencia de buen gobierno y transparencia se ha fortalecido y mucho desde la quiebra de la empresa norteamericana Enron<sup>36</sup> a principios de la década 2000. Las exigencias de transparencia y participación en las sociedades cotizadas es muy importante y se expresa en numerosas directivas europeas Directiva 2001/34/CE, Directiva 2003/71/CE (Directiva *Market Abuse*), Directiva 2004/109/CE o la Directiva 2010/73/.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 98.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pág. 96.

<sup>31</sup> CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, *La transparencia administrativa...* cit. pág. 36.

<sup>32</sup> Son “normas” si bien sin obligación jurídica, Comunicación de la Comisión Com 2002, 277 final, de 5 de junio de 2002, *Documento de consulta: Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Propuesta de principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas*, disponible en la red.

<sup>33</sup> COMISIÓN EUROPEA, *La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información*, 1998, disponible en [www.info2000.csic.es/midas-net/docs/verde.html](http://www.info2000.csic.es/midas-net/docs/verde.html) (2/5/2001).

<sup>34</sup> Así, en la Directiva europea 2003/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público. La misma obliga –con matices- a que los organismos del sector público faciliten “sus documentos en cualquier formato o lengua en que existan previamente, por medios electrónicos cuando resulte posible y oportuno”. Sobre la misma, por todos, CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí y GALÁN GALÁN, Alfredo (coords.), *La reutilización de la información del sector público*, Comares (Colección sociedad de la información), Granada, 2006.

<sup>35</sup> Así por ejemplo, se observa en el preámbulo de la Directiva: Considerando 7º: “La información del sector público constituye una materia prima importante para diversos productos y servicios de contenidos digitales y se convertirá en un recurso cada vez más importante con el desarrollo de los servicios inalámbricos de contenidos.”

<sup>36</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Enron>

### 1. 3. La fuerte emergencia en América Latina a fines del siglo XX y su reconocimiento como derecho humano por la Corte Interamericana en 2006

En América Latina la particular emergencia de la transparencia llega a fines del siglo XX. La transparencia se ha vinculado, de un lado, a los graves excesos de los regímenes no democráticos a través del “derecho a la verdad”<sup>37</sup>. De otro lado, especialmente desde los años noventa del siglo XX, el acceso a la información pasa a ser impuesta por las exigencias internacionales de gobernanza de las entidades internacionales prestatarias. En el ámbito de las organizaciones internacionales la transparencia aparece consagrada como un principio fundamental del buen gobierno, de la “gobernanza”. En este sentido recuerda Best que comenzó la noción de “gobernanza” comienza a emplearse en el área del desarrollo por el Banco Mundial en 1989, en su estudio sobre el África Sahariana<sup>38</sup>. El principio de transparencia y acceso a la información toma presencia en ámbito de la OCDE<sup>39</sup>, de diversas resoluciones y estudios de Naciones Unidas<sup>40</sup>, o la Carta africana del servicio público aprobada en su seno<sup>41</sup>. La referencia a la transparencia viene vinculada a la lucha contra la corrupción y

---

<sup>37</sup> Al respecto pueden seguirse diversos estudios de Méndez Juan E., “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos” (publicado en <http://goo.gl/wfVyr> sin otra referencia), así como “The human right to truth: lessons learned from Latin American experiences with truth telling”, en Tristan Anne Borer (comp.), *Telling the Truths: Truth Telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, Notre Dame, Indiana: The University of Notre Dame Press, 2006.

Sobre su recepción en la Corte Interamericana y en Derecho internacional, Amaya Villarreal, Alvaro Francisco, “Efecto Reflejo”: la práctica judicial en relación con el derecho a la verdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos”, en *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, N.º. 10, 2007, págs. 131-152 (acceso completo en Dialnet); Newman-Pont, Vivian, “Falso o verdadero (¿El derecho a la verdad es norma imperativa internacional?)”, en *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, N.º. 14, 2009, págs. 43-69. (acceso completo en Dialnet).

<sup>38</sup> BEST, Edward, “Transparency and European Governance: ...cit. pág. 97.

<sup>39</sup> Así, por ejemplo en la Recomendación de 23 de abril de 1998 del Consejo de la OCDE sobre la mejora de la conducta ética en el servicio público, así como en *The administration and you*, una guía editada por el Consejo de Europa en la que se establecen los principios básicos de las normas y los procedimientos administrativos considerados de gran importancia para la protección de los individuos en sus relaciones con las autoridades administrativas.

<sup>40</sup> En el ámbito de las Naciones Unidas cabe destacar, por ejemplo, la Resolución aprobada por la Asamblea General de Medidas contra la Corrupción, (A/RES/51/59 28 de enero de 1997) en la que se afirma la finalidad de fomentar la rendición de cuentas y la transparencia. Igualmente, la Resolución 50/225 de la Asamblea General, “Administración pública y desarrollo”, de 1 de mayo de 1996 en su preámbulo afirma “que los gobiernos de todos los países deberían aplicar procedimientos transparentes” contra la corrupción y en su punto quinto señala que 5. “reafirma que la democracia y la gestión pública y la Administración transparentes y responsables en todos los sectores de la sociedad constituyen bases indispensables para el logro de un desarrollo sostenible de carácter social y centrado en la población”.

De igual modo, son diversos los documentos relativos a la transparencia en la ONU, como *Public Service in Transition: Enhancing Its Role, Professionalism, Ethical Values and Standards*, United Nations, New York \_ 1999, Department of Economic and Social Affairs Division for Public Economics and Public Administration.

<sup>41</sup> La reciente Carta africana del Servicio Público aprobada en el marco de la ONU (Adoptada por la 3ª conferencia Africana bienal de ministros de la función pública, Windhoek, Namibia, el 5 de febrero de 2001), señala como objetivos generales la transparencia (art. 1) y, en concreto, en su artículo 12 regula “La transparencia y las decisiones administrativas de la información”, disponiendo que estas decisiones:

“serán tomadas siempre de acuerdo con procedimientos transparentes, simples y comprensibles, mientras que asegura responsabilidad.

Todas las unidades administrativas harán disponible toda la información necesaria en actos y procedimientos en sus dominios respectivos, tan bien como la información requerida para evaluar a su gerencia, con objeto de permitir éstos interesada tener acceso completo.

a la ética pública<sup>42</sup>. Así cabe destacar la RICOREP, Red iberoamericana contra la corrupción y por la probidad en la administración pública, vinculada al Clad, así como la abundante literatura al respecto que ahí puede fácilmente accederse.

Por cuanto a la regulación del acceso a la información en América Latina<sup>43</sup>, bien es cierto que en países como Colombia se reconocía desde el XIX el acceso a la información<sup>44</sup>. Destaca su también pronta regulación a fines del siglo XX con la Ley sobre Publicidad de Actos y Documentos Oficiales (Ley 57 del 5 de julio, 1985). En aquél país el derecho se entiende incluido en el derecho fundamental de petición. En todo caso es muy destacable en la región y mundialmente la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental de México de 2002<sup>45</sup>. El acceso a la información se regula el mismo año en Perú con nuevas legislaciones desde entonces<sup>46</sup>.

Y este proceso de emergencia cristaliza jurídicamente con la decisión de el 19 de septiembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Claude Reyes y otros vs. Chile, que reconocería en su apartado 77 y al amparo de la libertad de expresión la existencia de un derecho humano fundamental de acceso a la información en manos de los gobiernos en su apartado sin necesidad de acreditar interés directo y a salvo de las restricciones del Convenio<sup>47</sup>.

---

La administración informará a la persona referida de cualquier decisión tomada referente a him/her, indicando las razones de tal decisión e indicando, cuando sea necesario, los remedios legales se abren en him/her, si he/she decide a desafiar la decisión.

La administración establecerá o consolidará las unidades de la recepción y de información para los utilizadores para asistirles en el acceso a los servicios y en la registración de sus opiniones, sugerencias o quejas.”

<sup>42</sup> Así cabe destacar la RICOREP, Red iberoamericana contra la corrupción y por la probidad en la administración pública, vinculada al Clad, así como la abundante literatura al respecto que ahí puede fácilmente accederse. Entre otros, cabe mencionar el estudio *Revista Centroamericana de Administración Pública*, ICAP, n° 38-39, monográfico sobre “La función pública: ética y transparencia”, enero-diciembre de 2000.

<sup>43</sup> Al respecto, por ejemplo, VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1156>

También Mendel, Toby “Libertad de Información: Derecho Protegido Internacionalmente”, en *Derecho Comparado de la Información* N° 1, enero-junio 2003, Universidad UNAM, Ciudad de México, México.

<sup>44</sup> Código de Organización Política y Municipal de 1888 velaba por el derecho de los individuos a solicitar documentos en poder de organismos o archivos públicos.

<sup>45</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/244.doc>

<sup>46</sup> Puede seguirse el estado de la legislación de acceso en América Latina en <http://www.privacidadyacceso.org/legislacion.shtml>

<sup>47</sup> Apartado 77º: ““En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.”

## 2. LOS MÚLTIPLES CONTENIDOS DE LA TRANSPARENCIA Y SU ESENCIAL COMPONENTE DE CONTROL POLÍTICO

### 2. 1. Un concepto cargado de contenidos que constituye un principio jurídico

La transparencia en el ámbito de lo público es la provisión de información al público sobre las operaciones del gobierno<sup>48</sup>. Mock establece el siguiente concepto instrumental: “transparencia es una medida del grado según el cual la información sobre la actividad oficial se hace disponible hacia la parte interesada”.<sup>49</sup> En sentido similar, y dentro de la multiplicidad de “transparencias” que detecta en la Ciencia política<sup>50</sup>, Grigorescu resume su significado en “la posibilidad de cualquier ciudadano de acceder a la información en poder del gobierno”<sup>51</sup> Cuando utilizamos la expresión “transparencia administrativa” estamos en realidad expresando una cierta idea de cómo *debe ser* la Administración o de los poderes públicos en general. La transparencia es un concepto aglutinador de muchos elementos, principios y derechos que no siempre encajan homogéneamente en el ámbito jurídico. Puede decirse que la transparencia incluye<sup>52</sup>: acceso a la información pública por quienes no son interesados; apertura, que no se adopten decisiones a puerta cerrada, apertura, publicidad de todo tipo de normas, de órdenes del día y de las actas de los órganos colegiados y de cualquier órgano decisorio. También la transparencia incluye la información activa, el deber de la administración de dar activamente información sobre su política y acciones, funcionamiento, etc.; coherencia, simplicidad y calidad de las normas y actos de poderes públicos; información de los servidores públicos, etc. Aunque afines, son más distantes de la transparencia otros elementos, algunos clásicos en derecho como la necesaria motivación de las decisiones y actos; el derecho de acceso al expediente o el derecho a ser oído del interesado en el procedimiento o el derecho de acceso como componente del derecho de protección de datos.

Así pues, es una noción que “acumula acepciones”<sup>53</sup>, “un conjunto de institutos y de normas”<sup>54</sup> que delinean un modo de ser de la administración o de los poderes públicos o el sistema político. Cabe por tanto subrayar el carácter objetivo de este concepto, frente a una concepción subjetiva, más propia de los derechos que en el marco de la transparencia puedan reconocerse<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> MOCK, William, On the centrality of information law...cit., pág. 1074.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pág. 1082.

<sup>50</sup> Afirma que la doctrina habla de transparencia ya como información que ofrecen los gobiernos a sus sociedades (“transparencia gubernamental doméstica”); la que se ofrece a los actores externos (“transparencia externa”); la información que las organizaciones internacionales ofrecen a sus miembros o a las sociedades (“transparencia de las organizaciones internacionales”), etc., Así en GRIGORESCU, Alexandru, “European Institutions and Unsuccessful NormTransmission: The Case of Transparency”, en *International Politics* nº 39, págs. 467-489, December 2002, pág. 469.

<sup>51</sup> Así en GRIGORESCU, Alexandru, “European Institutions and Unsuccessful NormTransmission: The Case of Transparency”, cit., respecto de la definición, se remite a sí mismo, en GRIGORESCU, Alexandru “The Conceptualization and Measurement of Transparency,” Paper presented at Northeastern American Political Science Association, Albany, New York,(November 2000).

<sup>52</sup> Se trata de una síntesis que he realizado a partir de diversos autores de interés (Timmermans , Arena , Dyrberg , Klijnstra , Debbasch y Vesterdorf).

<sup>53</sup> DYRBERG, Peter, “El acceso público a los documentos y las autoridades comunitarias”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 2, vol I, julio/diciembre de 1997, págs. 377-411, pág. 377.

<sup>54</sup> ARENA , G., “Transparencia administrativa y democracia”, en *Revista Vasca de Administración Pública* nº 37, 1993, págs. 9-20, antes en “Transparenza amministrativa e democrazia”, en BERTI, Giorgio, DE MARTIN, Gian Cándido, *Gli istuti della democrazia amministrativa. Atti del seminario di studio-Roma*, 12 febbraio 1993, Milan, Giuffrè, 1996, pág. 9.

<sup>55</sup> En este sentido, aproximadamente, CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente. El derecho de acceso a la documentación administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 15-18.

## 2. 2. El potencial de la transparencia como control democrático y contra la corrupción

La transparencia se ha concebido tradicionalmente como instrumento de control de las administraciones públicas, por lo general de carácter externo y ejercitable por el público<sup>56</sup>. Un instrumento de control añadido y complementario sobre los poderes públicos y la administración; una “nueva forma de control de la administración”<sup>57</sup>. A través de la transparencia puede comprobarse la eficacia y eficiencia y sometimiento a la legalidad de la Administración. De este modo, la transparencia pública es un instrumento de garantía de la eficacia, eficiencia, objetividad, legalidad, de buena administración<sup>58</sup>. Y no sólo se trata de un control por posibles responsabilidades penales y estrictamente jurídicas, sino las responsabilidades políticas y la dación de cuentas<sup>59</sup>. Mock afirma que “la dación de cuentas es imposible sin transparencia”<sup>60</sup>, al fijar los responsables últimos de las decisiones y sus ejecuciones. En palabras de Arena, “El pueblo soberano que mira dentro del Palacio no se limita a levantar acta, sino que juzga lo que ve.”<sup>61</sup>.

Como ya hace años adelantase Castells<sup>62</sup>, con la globalización aumentan las necesidades de control, de ahí que incluya la transparencia entre los ocho principios de funcionamiento administrativo de necesidad futura<sup>63</sup> se encuentra el de transparencia,

---

<sup>56</sup> Así, OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, *Ciencia de la Administración. Vol. I, Teoría de la organización y gestión pública*, (1ª ed. de 1999), UNED, Madrid, 1999. El autor efectúa un análisis de la mala administración (ineficiencia, contraproducción –resultados contrarios a los deseados-, inercia, ineficacia, incremento de demandas, pág. 731) y, en particular con relación al control de las administraciones públicas (págs. 737 y ss), no se aprecia un particular interés por los controles externos por el público.

<sup>57</sup> Braiban ubicó hace dos décadas a la transparencia en “el desarrollo de nuevas formas de control de la administración”. BRAIBANT, en *Le Droit Administratif Français*, Presses de la fondation Nationales de Sciences Politiques/Dalloz, Paris, 1984, págs. 441-442, citado por MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. (Análisis del artículo 105.b de la Constitución)*, (2ª Ed.), Civitas, Madrid 1998, pág. 29.

<sup>58</sup> En particular bajo esta percepción de la transparencia como instrumento para asegurar la legitimidad material de actuación de la administración, ARENA, G., “Transparencia administrativa y democracia”, cit., págs. 14 y ss.

<sup>59</sup> En este sentido, Ballart y Ramío recuerdan que la democracia depende, en buena medida, de la capacidad de las instituciones para dar cuenta de lo realizados por la Administración y los diversos instrumentos de control son los mecanismos que permiten hacer realidad la dación de cuentas, en tanto que control democrático, no sólo de los resultados de las políticas y de las actividades públicas, sino también de la forma en que actúa la Administración, con el objeto de evitar que se cometan irregularidades o, simplemente, no se utilicen los recursos de la forma más eficiente. BALLART, Xavier y RAMIÓ, Carles, *Ciencia de la Administración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 (Cap. X. págs. 527-547, sobre el control de las administraciones públicas), pág. 527.

<sup>60</sup> Se sigue de MOCK, William B. T., “On the centrality of information law: a rational choice discussion of information law and transparency”, en *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, Verano de 1999, págs. 1069-1100, pág. 1097.

<sup>61</sup> ARENA, G., “Transparencia administrativa y democracia”, cit., pág. 13.

<sup>62</sup> Al respecto, CASTELLS, Manuel, “¿Hacia el Estado red?, globalización económica e instituciones políticas en la era de la información”, Ponencia presentada en el *Seminario sobre "Sociedad y reforma del estado"*, organizado por el Ministerio de Administracao Federal e Reforma Do Estado, Republica Federativa do Brasil. São Paulo, 26-28 marzo 1998, disponible en <http://www.tce.sc.gov.br/biblioteca/artigos/globalizacao.html> (12/10/2001); *Internet y la sociedad red. No es simplemente tecnología*, en *Etcétera*, mayo de 2001, <http://www.etcetera.com.mx/pag48ne7.asp> (21/12/2001). De igual modo, cabe remitirse a su obra general, CASTELLS, Manuel, *La era de la información : economía, sociedad y cultura*, (3 vols.), Alianza, 1999.

<sup>63</sup> Subsidiariedad; flexibilidad; coordinación; participación ciudadana; transparencia administrativa; modernización tecnológica de la Administración; profesionalización y

fundamentado en la necesidad del control interno y externo de la actuación administrativa.

Como estuviese en la base puritana calvinista de las primeras leyes de acceso a la información, así como está en la base de la idea Brandeis con su expresión del efecto desinfectante del sol, el efecto fundamental de la transparencia es su potencialidad misma. Su virtud va más allá del ejercicio real de control por la ciudadanía y sectores interesados y de los particulares accesos a información que se ejerzan. Pese a que los ciudadanos no vayan a perder el tiempo ejerciendo este derecho<sup>64</sup>, su fuerza reside en su papel de agente de cambio cultural de las organizaciones públicas que saben que pueden ser observadas. Y es que con transparencia desde el último empleado público hasta el primer responsable son conocedores de que todas sus actuaciones –u omisiones– son susceptibles de ser revisadas por la ciudadanía, no sólo por los interesados directos, sino por todos y cada uno de los miembros de la sociedad en la que actúan<sup>65</sup>.

Cabe reproducir las palabras del Abogado General Tesauro del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sus conocidas conclusiones al caso Holanda contra Consejo respecto del doble vínculo control-participación de la transparencia y la apertura<sup>66</sup>:

“la acción de apertura de las autoridades públicas está directamente conectada con la naturaleza democrática de las instituciones y tiene a asegura un mejor conocimiento sobre sus actos y medidas por parte de los ciudadanos, incluso antes de que sean adoptadas. Sólo donde hay una apropiada publicidad de las actividades del legislador, del ejecutivo y la Administración pública en general, es posible para los ciudadanos hacer una eficaz y eficiente supervisión, ya en el nivel de la opinión pública, de las operaciones de organización del gobierno, así como los modelos genuinos de participación organizativa relativos a la relación Administración-administrado.”

### 3. LA TRANSPARENCIA SERÁ ELECTRÓNICA O NO SERÁ. DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA AL “OPEN GOVERNEMENT”

#### 3. 1. El deber de información activa vinculado a los orígenes de la transparencia electrónica

Hay un deber de la administración de dar activamente información sobre sus servicios, organización, miembros, política y acciones, funcionamiento, etc. Sin

---

desfuncionización de los agentes de la Administración y autonomía de los gestores en función de la búsqueda y control de resultados.

De la transparencia afirma “que su vigencia se plantea con nueva intensidad. En una economía cada vez más penetrada por las mafias y en una política cada vez más vulnerable a la corrupción, la limpieza administrativa es, probablemente, el principio de gobierno más importante.

<sup>64</sup> Como señala Dyrberg, “El hecho de que el acceso sea público no implica que se crea que el público en general vaya a ejercer mucho estas normas de acceso. Parece muy improbable que los ciudadanos se sientan inclinados para gastar su tiempo leyendo archivos públicos”, DYRBERG, Peter, “Current issues in the debate on public access to documents”, en *European Law Review*, 1999, 24(2), 157-170, pág. 158.

<sup>65</sup> En este sentido Curtin recuerda la constitucionalización en Holanda del acceso a la información pública como medio que facilita el control de la acción e inacción y, claro está, contra la corrupción. Asimismo se suma a quienes observan que los cuerpos de funcionarios públicos pasan a actuar conociendo que todas sus actividades están sujetas al escrutinio público y el control. En este punto, afirma “Sobre todo, la idea es que si los funcionarios saben que ellos pueden ser sujetos a un control externo ellos llevarán a cabo su trabajo de una manera más *eficiente* que de cualquier otro modo” (la cursiva es original). CURTIN, Deirdre M. “Citizens’ Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital *Passpartout*?”, en *Common Market Law Review* 37, págs. 7–41, 2000. pág. 8.

<sup>66</sup> Caso C-58/94, Conclusiones de 28 de noviembre de 1995 y Sentencia del Tribunal de Justicia – de 30 de abril de 1996, reproducción del apartado 14 de las conclusiones.

embargo, este servicio público informacional no ha adoptado un consistente cuerpo jurídico hasta el momento. A pesar de ello la realidad de internet lo ha hecho elemental de cara a la ciudadanía.

La vinculación de la transparencia con las TICs se aprecia desde el acta fundacional política de internet, que fue el llamado *Informe Gore* de 1993<sup>67</sup>. Ahí, entre los nueve principios de la política pública, el noveno consistía en: “9) Proporcionar acceso a la información de las Administraciones Públicas” Y se adelantaba que no se trataba de “una profecía a largo plazo” (VI). Asimismo, en el marco del punto IX relativo a las redes cívicas, se afirmaba que “el libre flujo de información entre éstas [las Administraciones públicas] y el público es esencial para una sociedad democrática”, y las nuevas tecnologías suponían una enorme oportunidad de mejorar este flujo informativo.

En aquel país la transparencia electrónica y la información activa se ha tomado en serio desde el inicio. Mientras que en el resto del mundo casi aprendíamos a adjuntar un archivo a un mail, ahí ya reformaron la FOIA. Y es que esta Ley se modificó en 1996 para garantizar el acceso electrónico público a la información administrativa federal, complementándose con otras leyes<sup>68</sup>.

A mi juicio es un referente clásico la presencia de la información pública en el marco de los pioneros estudios del G-8 sobre e-democracia. Así, las conclusiones de diciembre de 2001 del proyecto GOL e-democracy<sup>69</sup> se afirmaba el acceso a la información, especialmente de forma proactiva<sup>70</sup>. Y siguen siendo a mi juicio todavía vigente los principios de acceso online a la información pública en la red:

1- Reconoscibilidad y localizabilidad: los ciudadanos deben conocer qué información esta accesible y dónde.

2-Disponibilidad: la información debe estar dispuesta en formato digital y ser accesible en medios y soportes electrónicos.

3-Manejabilidad: los ciudadanos deben poder manejar la cantidad y complejidad de la información, así como se capaces por sí mismos de encontrar la información incluso si es necesario por medio de sistemas de búsqueda dispuestos por los gobiernos.

4- Precio razonable (*affordability*): el precio no debe crear barreras.

5- Responsabilidad y confianza: los usuarios deben poder confianza en la corrección, complitud y autenticidad de la información.

6- Claridad: la información ha de ser todo lo clara posible en términos de contenido, contexto y presentación.

7- Accesibilidad para los limitados física o psíquicamente.

---

<sup>67</sup> Se trata de “La Infraestructura Nacional de Datos (NII) de Estados Unidos de América: Agenda para la Acción”, de 1993, Documento promovido por Al Gore, Vicepresidente de los Estados Unidos de América que, bajo traducción de Rafael Fernández Calvo puede seguirse su texto completo en FERNÁNDEZ CALVO, Rafael “La Infraestructura Nacional de Datos (NII) de Estados Unidos de América: Agenda para la Acción (Informe Gore)”, en el monográfico *Autopistas de la Información, reto del Siglo XXI*, en la revista *Novática* nº 110 (Julio-Agosto 1994), disponible en <http://www.ati.es/novatica/1994/jul-ago/gore110.html>

<sup>68</sup> Ley de reducción de los trámites burocráticos y la Ley de transparencia del Gobierno, y documentos políticos detallados, como la circular A130 del OMB, Office of Management and Budget.

<sup>69</sup> AA. VV., *Online consultation in gol countries. Initiatives to foster e-democracy*, Government Online International Network project report 6 December 2001. <http://www.governments-online.org/articles/18.shtml> (21/12/2001).

<sup>70</sup> “Asegurar el acceso y accesibilidad de la información del gobierno, para que la ciudadanía pueda emprender acciones preactivas cuando lo considere oportuno y para favorecer la transparencia. Al respecto se observa que la mayoría de los países han puesto en práctica políticas de disposición de información, si bien no siempre con carácter previo a la toma de decisiones, no facilitando con ello la posibilidad de posturas proactivas.”

Tales principios deben aceptarse como criterios inspiradores de toda actuación de información pública por la red. Y siguen siéndolo, aunque ahora aparezcan bajo la nomenclatura del Gobierno 2.0 o el *Open Government*. Y el Derecho no debe desconocerlos.

Ahora bien, la transparencia no debe ser confundida con la pura actividad de relaciones públicas, de promoción, la publicidad en la actuación ejecutiva<sup>71</sup>. Y debe tenerse en cuenta como insiste Curtin<sup>72</sup>, que el exceso de información es tan peligroso como la carencia de la misma, al generarse la paradoja de la desinformación por saturación de producto. Como se dirá, los *ombudsmen* pueden jugar un papel de control importante al respecto.

### 3. 2. La información y transparencia son esenciales a las nociones de gobierno electrónico

La noción de gobierno electrónico nació vinculada a la e-democracia y e-transparencia, lo cual se observa, por ejemplo, en la definición “oficial” de *egovernment* ofrecida por la Comisión Europea en 2003<sup>73</sup> o la interesante definición chilena del mismo año: “es el uso de las tecnologías de información y comunicaciones que realizan los órganos de la administración para mejorar los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y la eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos” (Proyecto de Reforma y Modernización del Estado. Gobierno electrónico en Chile hoy<sup>74</sup>, 2003. La OEA parece haber asumido con claridad el esencial vínculo entre el e-gobierno y la transparencia<sup>75</sup>.

La conexión clara se produce al considerarse el e-gobierno como una evolución, que resumidamente cabe exponer:

e-administración → e-gobierno → e-participación → e-democracia

Los poderes públicos van haciendo efectivas las diversas fases de implantación de la administración electrónica<sup>76</sup>, en especial las primeras, que son precisamente las que ponen el acento en el acceso a la información. Frente a promesas que podían parecer idílicas, hoy día ya no cuesta tanto asumir la potencialidad de los grandes beneficios de la implantación de la administración electrónica puede reportar al administrado. Entre otras muchas, cabe significar algunas vinculadas con el acceso a la información y conocimiento, a saber:

---

<sup>71</sup> POMED SANCHEZ, Luis Alberto, *Configuración jurídica del derecho de acceso ciudadanos a los archivos y registros*, cit., pág. 109.

<sup>72</sup> CURTIN, Deirdre M. “Citizens’ Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital *Passepartout*?”, cit. pág. 40.

<sup>73</sup> “es el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en las Administraciones Públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas”. En Comunicación 1 COM(2003) 567. El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa. Bruselas, 26 de septiembre de 2003.

<sup>74</sup> <http://goo.gl/H090Y>

<sup>75</sup> *Guía de Mecanismos para la Promoción de la Transparencia y la Integridad en las Américas* en [http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia\\_egov.asp](http://www.oas.org/es/sap/dgpe/guia_egov.asp)

<sup>76</sup> 1- Acceso y accesibilidad a la información sobre y de la administración.

2- Interacción básica, caracterizada en muy buena medida por la posibilidad de comunicación del administrado con la administración.

3- Interacción avanzada en ambos sentidos administrado-administración, hasta la prestación total de servicios y plena tramitación.

4- Formas de participación y democracia digital.

- mejora generalizada de los servicios, mejora también de la gestión de los asuntos y de la gestión del conocimiento en las organizaciones públicas.

- Más y mejor información sobre los servicios y actuaciones, sobre los requisitos que se imponen técnica y jurídicamente sobre la interacción administrativa que se pretende realizar.

- Posibilidad de personalización de los servicios y estructuración de la oferta según el destinatario y sus necesidades específicas.

- Facilita la comunicación formal o informal del administrado con la Administración al respecto de consultas e información, comparecencias, participación en órganos colegiados, etc.

- La gestión documental permite exigir menos documentación al ciudadano al tiempo que aporta mayor calidad a la información que ha de gestionarse procedimentalmente, con mejores resultados en la decisión. Asimismo, mejora la posibilidad de incorporar documentación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento de que se trate.

- El administrado puede hacer un mejor seguimiento de su situación en la actuación administrativa con posibilidades preventivas de mejorar la calidad jurídica de ésta en razón del acceso y calidad de la información y posibilidades de influencia en el procedimiento antes de la decisión. Así, se posibilita el acceso al expediente, el conocimiento del estado de la tramitación, al igual que las posibilidades de alegaciones previas a la decisión administrativa

A lo anterior, de tipo más funcional, cabe subrayar, también desde la perspectiva del ciudadano, la enorme potencialidad de las TICs para la transparencia, el acceso a más y mejor información en general así como al ejercicio del derecho de acceso a la documentación administrativa. Y estas posibilidades quedan también vinculadas a las posibilidades de los ciudadanos y los grupos en los que se integra de participar en la Administración y los procesos decisionales. Y todo ello, en principio, con mayor eficiencia<sup>77</sup>.

### **3. 3. La transparencia electrónica rebautizada bajo el “e-gobierno 2.0” y el “Open Government” de Obama**

Pues bien, esta conexión e-gobierno con e-democracia se refuerza actualmente a partir de la web 2.0. En la actualidad esta muy en boga la idea de “administración 2.0” o “e-gov 2.0”, lanzada por expertos como David Osimo<sup>78</sup>. Desde estos movimientos se ha influido en la Declaración Ministerial sobre administración electrónica aprobado por unanimidad en Malmö, Suecia, el 18 de noviembre 2009<sup>79</sup>. Ahí, entre otras ideas se insiste en la necesidad de centrar la e-administración en el ciudadano mediante servicios flexibles y personalizados, productos de información basados en la demanda (user-centry); la usabilidad de las aplicaciones de e-administración, la necesidad de involucrar a la sociedad y que ésta evalúe los servicios públicos electrónicos. De igual modo se invita a que los particulares estimulen y colaboren en la prestación de tales servicios. También es esencial a la idea de Administración 2.0 la transparencia, “Vamos a explorar cómo podemos hacer que nuestros procesos administrativos sean más transparentes” (nº 12) y la apertura y participación “pública a través de métodos más eficaces en todos los niveles del gobierno” (nº 13).

---

<sup>77</sup> Cuanto menos en teoría, drástica reducción de todos los gastos (costes de transacción) tanto para el administrado como para la Administración (costes de búsqueda, de información, de negociación, de control, de cumplimiento).

<sup>78</sup> <http://egov20.wordpress.com>

<sup>79</sup> <http://goo.gl/QoZZ8>

La Recomendación CM / Rec (2009) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la democracia electrónica (e-democracia)<sup>80</sup> denomina democracia o participación electrónicas al “apoyo y fortalecimiento de la democracia, las instituciones democráticas y los procesos democráticos por medio de las TIC”, “una oportunidad para permitir y facilitar el suministro de información y deliberación, fomentar la participación ciudadana con el fin de ampliar el debate político, y favorecer un mejor y más legítima adopción de decisiones políticas.” (Principio nº 9 del Anexo). El objetivo de la transparencia es evidente<sup>81</sup>.

En todo caso, el protagonismo y el impulso han venido dados con la noción Open Government (noción introducida por Obama)<sup>82</sup>. En su famoso discurso en 2009 se afirma:

“Mi administración está comprometida a crear un nivel sin precedentes de apertura en el gobierno. Vamos a trabajar juntos para asegurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación pública y colaboración. La apertura va a fortalecer nuestra democracia y promover la eficiencia y la eficacia en el gobierno.”

La transparencia es con la participación y la colaboración ciudadana elemento esenciales del gobierno abierto.<sup>83</sup>. Ciertamente y como se ha seguido, esta proclamación de la transparencia electrónica no es algo esencialmente nuevo puesto que figuraba como elemento esencial desde 1993. Hoy día de hecho sigue enfocándose hacia la reutilización de la información, la información pública como materia prima. Algo hoy día rebautizado como “Open Data” y con una finalidad esencialmente económica.

#### **4. PROPUESTAS DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ANTE LA HIPOCRESÍA DEL LEGISLADOR**

##### **4. 1. La hipocresía y los escasos compromisos normativos de los poderes públicos en e-transparencia y e-participación electrónicas**

A mi juicio, cabe afirmar que un principio jurídico-constitucional objetivo que impulsa a los poderes públicos a adoptar políticas en la dirección de la implantación del

---

<sup>80</sup> Acceso completo a una versión traducida automatizadamente en español en <http://goo.gl/F1Ej1>. Acceso completo al texto original en inglés en <http://goo.gl/gyeeL>

<sup>81</sup> La Directriz 15 de la Recomendación de e-democracia de 2009 es clara: “La transparencia en la e-democracia debe incluir la transparencia en el proceso de participación en todos los niveles políticos y en todas las fases de deliberación y en el proceso de toma de decisiones, y durante la ejecución, seguimiento y evaluación.”

<sup>82</sup> El documento de referencia de Gobierno Abierto es el Memorando de Obama sobre “Transparencia y Open Government” de 8.12.2009, donde se señala que el gobierno debe ser transparente, participativo y colaborativo. Al mismo se accede en <http://goo.gl/aTB8P>

Del mismo surge una Directiva algo más concreta a cumplir por las agencias.

El texto completo de la Directiva en <http://1.usa.gov/arNG2A>

En España cabe destacar CALDERÓN, C. Y LORENZO, S. (coords.), *Open Government. Gobierno Abierto*, Algón Ed., Jaén, 2010, acceso completo en <http://bit.ly/d1zXPW>

<sup>83</sup> *De hecho es el primer apartado. “El gobierno debe ser transparente. La transparencia promueve la rendición de cuentas y proporciona información a los ciudadanos acerca de lo que su Gobierno está haciendo. La información mantenida por el Gobierno Federal es un activo nacional. Mi administración adoptará las medidas adecuadas, en consonancia con el derecho y la política, para divulgar información rápidamente de modo que el público pueda fácilmente encontrarla y utilizarla. Los Departamentos ejecutivos y agencias deben aprovechar las nuevas tecnologías para mostrar información sobre sus operaciones y decisiones on line y hacerla disponible para el público. Los departamentos ejecutivos y agencias también deben solicitar la opinión del público para identificar la información de mayor utilidad.”*

gobierno, democracia, transparencia y participación electrónicas<sup>84</sup>. Asimismo, la cobertura jurídico constitucional de la información pública, implica también el principio de búsqueda de la mejor y mayor información a los ciudadanos. Y si las TICs son el instrumento, se deriva la necesidad del empleo de las mismas para la mejor transparencia.

Este principio jurídico de implantación de la participación y democracia electrónicas puede ser un apoyo útil en razón de la pereza y falta de compromiso que se detecta por parte de los poderes públicos en la regulación y garantía de la democracia y participación electrónicas<sup>85</sup>.

España es un buen ejemplo de ello. Bien es cierto que bien el legislador en ocasiones adopta compromisos concretos y exigibles con el muy avanzado artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que reconoce un auténtico derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos<sup>86</sup>. Esta avanzada ley española es mucho más discreta en materia de transparencia, participación y democracia electrónica<sup>87</sup>. Ello no obstante, impone la existencia de “sedes electrónicas” de los poderes públicos, impulsa los boletines oficiales electrónicos –cuya versión en papel jurídicamente está desapareciendo; promueve la información institucional de calidad, asegura que el derecho de acceso se pueda ejercer electrónicamente o conocer el estado de procedimiento, etc. Lo más parecido a un compromiso normativo en la legislación estatal lo vemos en el artículo 70 bis de la Ley de Bases de Régimen Local, aunque la referencia a los medios electrónicos es, una vez más, inconcreta<sup>88</sup>. Y ello mientras con

---

<sup>84</sup> Según las constituciones de cada país, este principio objetivo puede encontrarse, por ejemplo, en los mandatos de eficacia y democracia del gobierno y la administración, de buena administración, de servicio a los ciudadanos, de acceso a la información pública y de transparencia, etc. Asimismo, según lo que concretamente quiera sostenerse este principio objetivo puede considerarse en el marco de la dimensión objetiva de algunos derechos fundamentales, como el derecho al sufragio activo y pasivo, el derecho de participación general, el derecho de petición, el libre acceso a la información (en su caso pública), la libertad de expresión, el derecho de educación, el derecho a la buena administración, derecho de acceso a los registros o archivos, el derecho de audiencia previa a las decisiones y cualquier otra forma jurídica que adquieran derechos subjetivos vinculados al ámbito de la democracia y participación. Entre otros ámbitos, lo señalo desde 2006 en “Democracia electrónica y libertades en la red”, 52 páginas, materiales del Módulo “Democracia electrónica”, Cuso “Democracia Y Derechos Humanos” (14 créditos), Master en derechos humanos, Estado de derecho y democracia en Iberoamérica, de la Universidad de Alcalá de Henares, Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica (PRADPI), abril de 2010 (ult. Versión). [Acceso aquí](#). También en “Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas”, en BARRAT I ESTEVE, Jordi FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa M<sup>a</sup> (coord.), *Derecho de Sufragio y Participación ciudadana a través de las Nuevas Tecnologías*, ARANZADI-Instituto de Derecho Parlamentario Universidad Complutense, Cizur Menor, 2011. [Acceso aquí](#)

<sup>85</sup> Por todos, sígase mi estudio “El débil compromiso normativo por la transparencia y participación electrónicas. Situación actual y posibilidades de futuro”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, cit..

<sup>86</sup> Sobre el tema de los derechos electrónicos, por todos, mi trabajo en más de 160 páginas, “El derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo”, en GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (3<sup>a</sup> edición, 2010), págs. 177-344. 177 páginas [acceso aquí](#)

<sup>87</sup> En concreto, COTINO HUESO, Lorenzo, “Acceso a la información pública en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos”, en SANCHEZ DE DIEGO, Manuel (coord.) *El derecho de acceso a la información pública. El papel del Derecho de la información en la Sociedad del Conocimiento, Actas del Seminario internacional complutense*, Universidad Complutense, 2008, págs. 68-96.

<sup>88</sup> Artículo 70 bis. ( Artículo añadido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre ):

Luxemburgo y Malta somos los únicos estados sin una ley de acceso a la información, algo jurídicamente muy conveniente<sup>89</sup>. Pese a algún movimiento desde 2008 las continuas promesas electorales del partido gobernante quedan incumplidas<sup>90</sup>. Y el borrador de ley que hubo en 2009 era más que timorato en lo relativo a la información electrónica activa o el ejercicio electrónico de los derechos de acceso a la información.

Por contraste y como muestra de la hipocresía en la materia, hay diversas muestras de que es posible imponer compromisos y obligaciones concretas de transparencia electrónica a través del Derecho lo vemos a través de las exigencias... al sector privado. Así, la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información en su artículo 2 obliga a toda una serie de información y servicios a los usuarios de las “empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica”. Al parecer, las instituciones públicas no parecen prestar servicios de trascendencia, o la trascendencia económica está por encima de la trascendencia pública. Y como se ha adelantado, en el ámbito financiero y de las sociedades anónimas las exigencias jurídicas europeas son muchas y como reflejo, por ejemplo, la Ley 26/2003, de 17 de julio, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas<sup>91</sup> y toda su importante normativa de desarrollo<sup>92</sup>. Ahí se dan obligaciones concretas, bajo riesgo de sanción<sup>93</sup>, que ni de lejos se dan para los poderes públicos que las imponen. Se regula y detalla el derecho de información del

---

“1. Los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales.

[...] 3. Asimismo, las entidades locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas.

Las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares colaborarán con los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado suficiente el deber establecido en este apartado.”

<sup>89</sup> Desde el ámbito no jurídico, cabe acudir a la Coalición Pro Acceso, [www.proacceso.org](http://www.proacceso.org) y desde el punto de vista jurídico destacan los trabajos que se contienen en SANCHEZ DE DIEGO, Manuel (coord.) *El derecho de acceso a la información pública...* cit. de acceso completo en la red. En particular cabe destacar las propuestas de Fernández Ramos y sus “Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública”, ob. Cit. págs.. 122-135. El autor insiste en que se trata de un derecho de creación legal y que la ley debe garantizar un contenido mínimo, siendo del todo oportuna una ley monográfica sobre el tema, una ley especial que coordinada con la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y la legislación sobre archivos públicos. El autor también apuesta una autoridad independiente para garantizar la aplicación de la Ley.

<sup>90</sup> La ley de acceso a la información era uno de los compromisos electorales del PSOE para la VII Legislatura (2004-2008), que se repitió, intacto, para la VIII (2008-).

<sup>91</sup> Sobre el tema, por todos, MUÑOZ PÉREZ, José M<sup>a</sup>, *Nuevas Tecnologías en el Funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Madrid, Civitas 2005.

<sup>92</sup> En especial, cabe tener en cuenta la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades y la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas

<sup>93</sup> La ley de sociedades anónimas fija la responsabilidad del cumplimiento de la obligación en el Consejo de administración (art. 117. 3º) y el incumplimiento constituye un tipo disciplinario según el actual artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores:

“m bis. La inexistencia de la página *web* prevista en el apartado 2 del artículo 117 y en el apartado 5 del artículo 82, o la falta de la información señalada en dichos artículos o en sus normas de desarrollo.”

Asimismo, hay que estar por lo dispuesto en el actual artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas.

socio, el contenido, calidad y forma de acceso a la misma. La referida Ley 26/2003 y su regulación de desarrollo detallan el alcance del derecho de información del socio, los instrumentos de información, incluyendo medios informáticos, obligando a contar con una *web*. Lo que es más, legal y reglamentariamente se concreta tanto el contenido de la información que electrónicamente debe publicarse, cuanto la forma de difusión electrónica de la misma. De particular interés es la regulación del informe anual de gobierno corporativo, donde el grado de detalle normativo sobre la información obligatoria mínima es digno de ser apreciado. El lector puede acudir a cualquier *web* de una sociedad anónima y en menos de dos minutos encontrará información esencial para el control y para la participación –si fuera accionista-. De hecho, es bien recomendable que lector observase el tipo de información concreta que se obliga a transmitir electrónicamente y, en un ejercicio mental, la intentase proyectar en paralelo lo que supondrían para una entidad pública (dígase Ayuntamiento, Gobierno autonómico y sus Consejerías, Gobierno nacional y sus Ministerios, grandes organismos, etc.). Aun salvando las distancias, sin duda, trasladar estas exigencias al ámbito público sería una verdadera muestra de voluntad política y jurídica de transparencia electrónica. Además sin perjuicio de las obligaciones jurídicas, el desarrollo reglamentario inmediato de esta ley en 2003 expresa con total claridad el contenido de la información que debe constar en la página *web*, esta normativa detalla también jurídicamente los principios y requisitos de la información, con garantías de los mismos: exactitud, veracidad, claridad, integridad, fiabilidad (incluso con enlaces directos a la fuente oficial de la información, gratuidad, sencillez de acceso, usabilidad, etc.) . También es muy llamativa la concreción reglamentaria de las “Especificaciones Técnicas y Jurídicas de las páginas *web*” en la Circular de 2004. Aún es más, se incluyen diversas normas – jurídicas, no olvidemos- de accesibilidad y usabilidad de todo interés (número de clics, estructura, jerarquía, mapas, títulos y lenguaje, homogeneidad de contenidos en todos los canales, etc.)

La Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, también obedece a la lógica económica, no política<sup>94</sup>.

#### **4. 2. Propuesta de obligaciones jurídicas y derechos de los ciudadanos de acceso a la información pública en la red**

Frente a los escasos compromisos normativos de transparencia públicas, hay que exigir que se regule la obligatoriedad de medios electrónicos tanto para el ejercicio del derecho de acceso y, especialmente, para la difusión proactiva de información pública a través de las TICs. Cabe aquí insistir en la propuesta de obligaciones y derechos que deben incorporarse bien en las normativas de desarrollo de los mencionados principios y derechos o que, incluso, pueden en casos considerarse obligaciones derivadas del carácter fundamental de algunos derechos en juego, a saber<sup>95</sup>:

---

<sup>94</sup> Esta Ley resulta de la transposición de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. De la misma, cabe destacar, no hay referencia explícita alguna a los medios electrónicos.

<sup>95</sup> Muchas de las propuestas ya se afirman en “El voto electrónico o la casa por el tejado. La necesidad de construir la democracia y participación electrónicas por los cimientos”, en COTINO HUESO, Lorenzo (coord.) *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Colección Sociedad de la Información, Granada, 2006, págs. 171-198. [Acceso aquí](#) También, “El débil compromiso normativo ...cit.

-que una institución pública disponga de sitio web con unos requisitos mínimos. Esta obligación puede articularse y regularse a partir de parámetros como presupuesto de la institución, número de ciudadanos que componen la población, etc.

-que dicho sitio web cumpla con unas obligaciones de estructura, diseño y servicios.

-que la información de dicho sitio sea accesible (para sectores con dificultades) siguiendo unos estándares reconocidos internacionalmente.

-que la información de dicho sitio sea usable y manejable. Ello se puede obligar jurídicamente estableciendo, por ejemplo, número de “clicks” máximo para alcanzar algunas informaciones temáticas clave u obligando al reenvío a portales temáticos directamente vinculados con la participación y democracia. Con la obligación de disponer de forma sencilla de un mapa del contenido de ese sitio web.

-obligando a la existencia de contenidos mínimos de interés para la participación e información. Por ejemplo:

- la obligación de incluir una serie de contenidos estructurados por temas,
- imposición de temas mínimos para instituciones municipales, provinciales, ministeriales, etc. Según sus competencias jurídicamente reconocidas.
- la normativa básica reguladora de la institución.
- La normativa básica que genera la institución.
- Información sobre las decisiones políticas y normativas en trámite, el procedimiento y posibilidades de participación en las mismas, grupos interesados y posiciones de los actores políticos.
- Información sobre los responsables políticos de la institución, con contenidos mínimos (responsabilidades públicas anteriores, declaración de haberes, resultados electorales, etc.
- Organigrama de servicio, que puede en su caso no incluir la información nominativa con el servidor público, pero sí los medios de contactar eficazmente con él

Orgánicamente las instituciones deben tener un esquema claro sobre la generación de información y los servicios u órganos responsables de su generación, control, homogeneización, etc.

Steven Clift desde 2004 señalaba para el futuro la necesidad de reconocimiento de unos derechos mínimos<sup>96</sup>.

-que no pueda darse cualquier reunión pública sin agendas y documentos publicados previamente en la red. “Sin aviso electrónico, no reuniones”;

- que toda propuesta legislativa y sus enmiendas fueran accesibles, así como no posible entrar en vigor una norma aprobada no publicada en la red. “Sin transparencia... no autoridad ni dinero”.

- derecho ciudadano a ser notificado por correo electrónico sobre información pública basada en el perfil de sus intereses y territorial.

-derecho de acceso sencillo a directorios siempre actualizados y locales de “mi democracia”, con datos de contactos de todo cargo público elegido. “Ningún dato de contacto, ningún poder”.

Debe regularse también el ejercicio electrónico del derecho de acceso a la información (como por ejemplo se hace desde 2001 en el Reglamento (CE) n° 1049/2001 de la Unión Europea. Y debe regularse teniendo en cuenta que si no se

---

<sup>96</sup> Ver CLIFT, Steven, “Democratic Evolution or Virtual Civil War”, Remarks as prepared for the Promise of E-Democracy WSIS Event, Geneva, Switzerland, December 2003, disponible en <http://egov.unitar.org/spip/article189.html> (6/5/2004).

requiere interés legítimo no serán necesarias fórmulas de identificación electrónica robustas. En este sentido es muy importante también la categorización de la información pública, puesto que informaciones institucionales, de servicio, de la organización, etc. Son natural objeto de información activa y no requieren de identificación.

Como he sostenido recientemente<sup>97</sup>, también sería muy recomendable que la normativa estatal, autonómica o local regulara un derecho al efectivo contacto electrónico bien a través del correo electrónico, bien, por ejemplo, a través de buzones electrónicos o plantillas integradas en las sedes electrónicas. Se trataría de regular la obligatoriedad de determinar unas direcciones o medios de contacto eficaz, con garantía de acuse de recibo, un protocolo de información sobre el tipo de comunicación establecida, delimitando su naturaleza y efectos jurídicos, básicamente para excluirlas (no suponen registros, no afectan plazos, no son solicitudes, reclamaciones recursos, peticiones, etc. las respuestas no son vinculantes).

#### **4. 3. Los “Ombudsmen” son idóneos para vigilar la buena información electrónica**

Bien es cierto que en ocasiones hay instituciones específicas para velar por el acceso a la información pública, como el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública<sup>98</sup> (IFAI) en México. Asimismo cabe seguir el modelo anglosajón es que la misma autoridad independiente que controla la protección de datos personales, vela también por el acceso a la información pública. Son los *Information Commissioner* o *Information Tribune* de Australia, Inglaterra, Irlanda, Canadá, Sudáfrica , por ejemplo. De hecho, el papel de las autoridades independientes de protección de datos, allí donde existan –con su presente implantación en América Latina<sup>99</sup> pueden ser de interés para velar por el acceso a la información conjuntamente a la privacidad.

No obstante ello puede ser negativo en países donde las autoridades de protección de datos ya tienen una inercia, como es el caso de España, donde la balanza hacia la privacidad parece evidente frente a la transparencia.

En cualquier caso, las posibilidades para los Ombudsmen son evidentes. Allí donde no existan autoridades especializadas en transparencia, pueden jugar un papel significativo y las leyes habrían de atribuirles competencias expresas para que desarrollaran todo un acervo que pudiera imponerse a las administraciones. Pero es más, más allá del balance entre el acceso a la información y otros bienes y derechos como la privacidad, el control no jurisdiccional de la administración y especializado como es el propio de la figura del Ombudsmen es el idóneo para impulsar y controlar en general la administración electrónica y en particular el servicio público informacional que debe satisfacer.

Los ombudsmen deben controlar en cualquier caso la buena administración en la provisión de información pública.

Antes se ha hecho referencia a los necesarios principios de la información electrónica de reconocibilidad y localizabilidad, disponibilidad; manejabilidad, precio razonable (affordability, responsabilidad y confianza, claridad y accesibilidad. Es cierto que estos principios han pasado al ámbito normativo<sup>100</sup>. No obstante, su mero

---

<sup>97</sup> Mi trabajo “Un futuro derecho a relacionarse informalmente ... cit., [acceso aquí](#).

<sup>98</sup> <http://www.ifai.org.mx/>

<sup>99</sup> Argentina, Chile, Paraguay, México, Perú y Uruguay, por ejemplo.

<sup>100</sup> Destaca inicialmente el Código de la Administración Digital italiano de 2005, aprobado por Decreto Legislativo n° 82, de 7 de marzo de 2005 que en su artículo 53. 1° impuso el respeto al principio de accesibilidad, elevada usabilidad, completitud de la información, claridad del lenguaje, confiabilidad, simplicidad de la consulta, calidad, homogeneidad e interoperatividad.

reconocimiento normativo no parece tener excesiva eficacia y, a mi juicio, lo más importante es su concreción y en especial, la existencia de controles para su efectivo cumplimiento. Curtin en 2003 en razón de la importancia política de la información hablaba de posibilidad de ampliar las competencias del Defensor del Pueblo Europeo como garantía independiente del acceso a la información y de la canalización de la misma por las instituciones<sup>101</sup>.

Al respecto, puede recordarse que en España la Ley 11/2007 crea la figura del Defensor del usuario de la administración electrónica en la Administración General del Estado<sup>102</sup>. Se trata de una figura de defensor bastante débil en la ley y que no se ha desarrollado tras cuatro años<sup>103</sup>. En algunas Comunidades Autónomas y entes locales se ha atribuido esta función a los particulares ombudsmen.

En todos los casos, además de controlar la implantación de la e-administración, la no discriminación, la no vulneración de otros derechos, sería del todo interés que velaran por el cumplimiento de estos estándares de provisión de información pública frente al gran descuido en la materia que se puede detectar. Se trata de una materia que escapa fácilmente al Derecho y por supuesto al control jurisdiccional por lo que su labor de generación de buenas y malas prácticas sería útil a la ciudadanía.

---

Destacó inicialmente en España la Ordenanza reguladora de la administración electrónica aprobada por el Consell Plenari el 24 de marzo de 2006 que en su artículo 7 sobre la “difusión de información administrativa electrónica” establecía no pocos principios “principios” respecto de la información de interés general y la de difusión obligatoria (accesibilidad y usabilidad, complitud y exactitud, actualización, seguridad, no identificación) . Luego la Ley 11/2007 española ha recogida diversas exigencias de accesibilidad, calidad y responsabilidad en la información pública, antes referidas

<sup>101</sup> CURTIN, Deirdre M. y DEKKER, Ige F., “Governance as a Legal Concept within the European Union: Purpose and Principles”, cit. pág. 142, simplemente menciona dicha posibilidad.

<sup>102</sup> Un amplio estudio de la figura –el único en la literatura española en mi trabajo “El derecho a relacionarse electrónicamente ...cit.

<sup>103</sup> En 2009 hubo una Proposición no de Ley 30 de enero de 2009 sobre el Defensor del Usuario de la Administración Electrónica presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados, que “insta al Gobierno a ... la institución del Defensor del Usuario”.