

# La transparencia pública como exigencia democrática



**JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**

Profesor titular de Derecho Constitucional en la  
Universidad de Santiago de Compostela (España).



## SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Precisiones conceptuales.
- III. El contenido de la transparencia.
- IV. El derecho de acceso a la información pública.
- V. Las nuevas tecnologías.
- VI. El control de la transparencia.
- VII. Conclusiones.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 129

## ABSTRACT

La transparencia del sector público se ha convertido en un elemento indispensable para la calidad democrática. Sobre esta base, se analiza el concepto y el contenido de dicha categoría en búsqueda de un sentido adecuado del mismo que sirva correctamente a la democracia. Además, se examina el derecho de acceso a la información pública como elemento imprescindible conectado con la transparencia, el necesario uso de las nuevas tecnologías, y las vías para controlar la aplicación de la normativa de transparencia. Todo ello, en este momento, desde un sentido preferentemente teórico, desvinculado de las particularidades de un ordenamiento determinado.

### I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades actuales muestran un nivel de exigencia desconocido hasta el momento. Las nuevas tecnologías y la globalización han despertado el interés público de muchas personas y grupos, que reclaman de sus dirigentes un desempeño de calidad y compromiso con el interés general. Y cuando las expectativas de lo público no se cumplen, se despierta una presión social para que se produzcan los cambios necesarios para invertir la situación de insatisfacción.

Incluso, el modelo democrático está evolucionando hacia formas más participativas y deliberativas, que crecen sobre la tradicional versión representativa de origen liberal.

En este nuevo entorno la transparencia del sector público se revela como un elemento imprescindible para poder garantizar los elementos nucleares de los modernos sistemas democráticos, elementos tales como la participación, el pluralismo y el propio proceso de control que se produce en los mismos. A día de hoy se puede sostener que sin transparencia no hay verdadera democracia. De este modo, los mecanismos de control y de aplicación de este principio de transparencia son también elementos insoslayables de un sistema político democrático. Es decir, no solo hay que proclamar la vigencia del principio de transparencia sino también

articular modos para su aplicación efectiva, estableciendo sanciones que lo salvaguarden.

Sentado esto, a continuación reflexionamos sobre distintas cuestiones relevantes conectadas con este principio de transparencia. Ello lo hacemos desde un punto de vista teórico, desvinculado de las posibles particularidades de un ordenamiento determinado, aunque está clara la posibilidad de extender tales reflexiones a los concretos sistemas del mundo occidental actual.

### II. PRECISIONES CONCEPTUALES

A la categoría jurídica de transparencia se le ha dado sentidos diferentes, alguno de los cuales no es adecuado para la mejor implementación de la democracia. Por ello, es preciso detenerse un momento en su precisión para defender un sentido que sirva fielmente al sistema democrático; es decir, que ayude al correcto desarrollo del mismo, con adecuadas dosis de calidad.

Así las cosas, el concepto jurídico de transparencia, en sentido genérico, hace referencia a un modo de ser del sistema público que fácticamente supone un elevado grado de disponibilidad de la información del mismo. La forma jurídica que debería adoptar es la de un principio.

Partiendo de este entendimiento general, si tratamos de avanzar en el concreto contenido de la transparencia con rapidez se detectan múltiples elementos, a lo que nos referimos en el apartado siguiente. La suma de ellos permitirá a la ciudadanía saber y, por ende, tomar decisiones racionales para el interés general, tanto en las elecciones de representantes como en las múltiples formas de participación y construcción ciudadana de las políticas públicas actuales. Si efectivamente ello se produce se desterrarán las zonas opacas alejadas del control de la opinión pública, que con demasiada habitualidad han ocultado parcelas de autoritarismo o, cuando menos, de mala administración.

En el derecho comparado existe ya mucha normativa sobre este principio, en la que ahora no vamos a detenernos por no ser nuestro co-

metido en este lugar. Simplemente recordamos que una de las últimas leyes incorporadas a este elenco, con claro retraso, ha sido la Ley española 19/2013, de transparencia, de acceso a la información pública y buen gobierno.

Esquemmatizando, podemos decir que en la conformación diacrónica de la transparencia encontramos cierta diferencia entre Europa y Estados Unidos. En el Viejo Continente la transparencia se ha conectado con la participación; mientras que en Estados Unidos se ha visto como posibilitadora de una materia prima a explotar, o sea, como la que permite la reutilización de la información pública en el ámbito privado (*open data*). Tengo que confesar que recelo un tanto de esta segunda visión, más mercantilista.

Entendemos que el horizonte a perseguir es una cultura de la transparencia que recorra el funcionamiento de todas las dimensiones y niveles del aparato público.

Cercanos a esta categoría son otras que a veces se confunden o se usan indistintamente. Creemos que ello puede provocar errores de interpretación y aplicación por lo que los juristas debemos mantenernos rigurosos. Así, frente al concepto y contenido de la transparencia que hemos defendido, que es un principio en su configuración técnica jurídica, el derecho de acceso a la información es un derecho subjetivo que permite controlar al poder. Como tal derecho atribuye la capacidad a un ciudadano para reclamar a la administración determinados documentos. Ejercitar y aplicar tal derecho será un indicar o una muestra de la transparencia de un sistema, pero como categoría jurídica se trata de cosas distintas.

Asimismo, también es diferente la categoría de buen gobierno, que se refiere a un modelo de conducta, a una forma de comportamiento de los responsables públicos. En este sentido también se habla de una cultura que busca que estos decisores y responsables públicos sean eficaces, austeros, imparciales y responsables. Ello también posee una dimensión ética, de la que carecen las categorías estrictamente jurídicas de transparencia y acceso a la información.

### III. EL CONTENIDO DE LA TRANSPARENCIA

Como dijimos antes, la concreción del principio de transparencia se localiza en múltiples contenidos, en una heterogeneidad de realizaciones que son correlato de la propia complejidad de los actuales sistemas públicos y sociales.

En este sentido, forma parte de la transparencia los deberes de publicidad activa que sujetan a los responsables públicos. Ello se concreta en la necesidad de colgar en los lugares pertinentes, sobre todo digitales, la distinta información necesaria que requiere la opinión pública para ejercer su labor. Y ello sin que nadie se lo exija, o sea, el poder público debe actuar *motu proprio*, sin necesidad de recibir una solicitud concreta. Estas obligaciones de publicidad activa han de extenderse a un amplio número de sujetos públicos, de los distintos poderes del Estado. Se trata de que no se creen órganos opacos, que sean una excepción a las exigencias democráticas de transparencia. Hoy en día asistimos en muchos lugares a administraciones muy complejas, con heterogéneas panoplias de entes públicos. Las variadas denominaciones –agencias, entes públicos, organismos autónomos, entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, entidades públicas instrumentales, entidades públicas empresariales, consorcios, etc.– no deben impedir el normal funcionamiento del principio de transparencia.

Esta información que ofrecen por sí mismo los órganos públicos será tanto institucional como organizativa y de planificación futura. Incluirá igualmente información de relevancia estadística y presupuestaria. Así, entre otros extremos, constarán retribuciones de altos cargos y declaraciones de bienes, la identificación de los miembros, el inventario de los procedimientos administrativos, la sede de los registros, los catálogos generales de servicios, las cartas de servicios, las cuentas generales, los presupuestos, la ejecución del gasto, la normativa vigente, información sobre contratos, concesiones y subvenciones, convenios de colaboración, datos estadísticos diversos, evaluaciones de calidad, listas de contratación temporal, los acuerdos y las resoluciones adoptadas. Como se ve, la

concreción del contenido del principio de transparencia debe hacerse pensando en máximos.

Resulta conveniente que también estén sometidos a este principio los partidos políticos y los sindicatos. Su relevante papel público así lo justifica.

La transparencia exige de igual manera una actitud general de apertura de las entidades públicas a la ciudadanía; coherencia y calidad de las normas y actos públicos, para que, entre otras cosas, puedan ser correctamente entendidos y aplicados; la motivación de las decisiones; el acceso al expediente por parte del interesado; o el derecho a ser oído en esos procedimientos.

Este contenido de la transparencia también pasa necesariamente por las nuevas tecnologías, un extremo al que nos referimos más abajo.

A veces, este contenido se matiza o particulariza en función del ámbito en el que nos encontremos. El ejemplo más claro de ello, en el ámbito europeo, es la protección medioambiental, que desde el denominado Convenio de Aarhus es particularmente exigente: en los Estados firmantes de ese Convenio, el público participará en la toma de decisiones en dicha materia. Así, los ciudadanos y las organizaciones no gubernamentales, por su importante papel en la protección del medio, tienen un acceso privilegiado a la información medioambiental, en el que no se requiere un interés específico o cualificado. Por definición, todos los ciudadanos poseen un interés general y legítimo en la defensa del medio ambiente.

#### IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La conexión del principio de transparencia a este derecho de acceso resulta evidente. La aplicación y ejercicio del mismo incrementará los niveles de aquél.

Hasta el momento no hay consenso doctrinal ni normativo acerca de la naturaleza de este derecho. Para algunos autores y ordenamientos se trata de un derecho fundamental, que por

ello debe estar recogido a nivel constitucional. En otros casos estamos ante un derecho administrativo, que tienen que recogerse en leyes ordinarias. Nuestra posición en más proclive a entenderlo como fundamental, teniendo en cuenta su papel primordial en la calidad democrática del presente.

Sea como fuere, lo que hay que exigir en todo caso es una correcta regulación de este derecho que permita su verdadera vigencia y aplicación.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo recoge en su artículo 42, que se ubica en el capítulo referido a la ciudadanía, con la siguiente dicción: *"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"* –que son los órganos propios que conforman la Unión Europea–.

Las leyes que regulan este derecho, como dijimos, no deben cercenarlo sino dotarse de la adecuada calidad para asegurar su vigencia efectiva. Así las cosas, debe preverse un ámbito subjetivo y objetivo amplio. El acceso debe permitirse a casi cualquier información o datos públicos, más allá de que existan o no procedimientos administrativos y éstos estén o no concluidos.

Asimismo, las causas de inadmisión tienen que ser tasadas. Lo normal es que su interpretación fuera restrictiva.

Además, habrá que establecer un plazo razonable para responder ante la correspondiente solicitud, no dilatado en exceso. El procedimiento tiene que ser en todo caso ágil. Se fijará también cómo será la resolución que da respuesta a la solicitud. Dicha resolución siempre podrá impugnarse con las debidas garantías, sobre todo si es denegatoria.

También se pueden fijar los límites que se aplicarían a este derecho. Está claro que no existen derechos absolutos, por lo que siempre van a operar, de una forma u otra, límites a los mismos.

En este orden de cosas, es habitual aludir al derecho a la protección de datos como uno de estos límites que obstaculizan el acceso. En su correcta dimensión es un límite pertinente, que trata de garantizar otro derecho fundamental. De todos modos, en la ponderación entre ambos derechos hay que actuar de manera que no se le dé a la protección de datos un ámbito demasiado extenso e injustificado. Es decir, se puede correr el riesgo de que se paralice de forma casi automática los accesos a la información pública por el simple hecho de que en ésta consten datos personales, sin analizar la relevancia de los mismos y la trascendencia pública de dicho acceso. Por lo tanto, hay que mantener el equilibrio y examinar casuísticamente los distintos supuestos, siguiendo por ejemplo el esquema de análisis propio del principio de proporcionalidad, y buscar la solución procedente en cada caso. No se puede actuar de forma automatizada y preconcebida en detrimento del acceso.

En el mismo sentido se puede aplicar un test del daño frente al test de interés público en la divulgación, delimitando todo ello con base en su objeto y finalidad.

## V. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

En el momento actual de la sociedad de la información, la transparencia pública solo será efectiva si se apoya en un empleo intensivo de las nuevas tecnologías.

Así las cosas, hay que conectar este principio con el *e-gobierno*, que, entre otras dimensiones, permite mejorar los servicios públicos, facilita las comunicaciones, posibilita al ciudadano hacer seguimiento de sus solicitudes, personaliza la relación entre éste y la administración, y, en fin, aumenta la información a disposición de las personas.

Pero este acceso y disponibilidad *on line* de la información pública tiene que poseer unas características que no la desvirtúen. Así, debe ser reconocible y localizable, manejable, clara, disponible, a un precio razonable (de ser el caso) y accesible también a las personas con discapacidad.

En esta vinculación de la transparencia con las nuevas tecnologías cobran especial relevancia las páginas webs de los órganos públicos. Es necesario que las mismas respondan a unas exigencias mínimas para cumplir su finalidad como instrumentos de transparencia. De este modo, deben poseer cierta estructura y diseño, recoger los servicios que presta ese organismo, y obedecer a un contenido mínimo agrupado por temas, en el que se halle la normativa que rige a ese órganos, las decisiones en trámite, información de los responsables y un organigrama del mismo. Además, en el sentido que ya se comentó, su información tiene que ser accesible, usable y manejable.

Cada vez se hace más necesario que las webs públicas superen el nivel 1.0, o sea, que dejen atrás la mera unidireccionalidad en su relación con el navegante. El nivel 2.0 exige una interactividad real: el usuario debe dirigirse a la web y recibir respuesta; además, los responsables de dicho órgano tendrán en cuenta efectivamente lo demandado o sugerido por el ciudadano a través de dicha web, en un proceso de retroalimentación que sirva al interés general.

## VI. EL CONTROL DE LA TRANSPARENCIA

Un tema sobre el que todavía se discute es qué órgano u órganos deben ser los que controlen la aplicación del principio de transparencia. Se trata de una cuestión de relevancia pues, como es sabido, el funcionamiento de los mecanismos de garantía permitirá o frustrará el éxito de las previsiones normativas.

Simplificando ahora esta cuestión, podemos indicar que existen tres posibilidades teóricas. En primer lugar, crear un órgano específico para tal tarea. En segundo lugar, el competente podría ser el *ombudsman*, es decir, el ente especializado e independiente encargado de garantizar los derechos. Y en tercer lugar, esta tarea la podría desempeñar el órgano de protección de datos. Desde nuestro punto de vista, vemos interesante la opción de aunar en el mismo órgano el control de la transparencia y la protección de datos. Esta afirmación tiene raíz pragmática, pues puede facilitar la ponderación entre ambas categorías.

En todo caso, al margen de la opción final que escoja cada ordenamiento, entendemos que el *ombudsman* siempre tendría que estar presente, como garantía institucional de protección del derecho de acceso a la información y como ente encargado de llevar a cabo campañas de divulgación de la transparencia y de concienciación en ese sentido.

Si se existe un órgano administrativo *ad hoc*, el *ombudsman* podrá ejercer control sobre dicho órgano, de la misma forma que hace con el resto de la administración. Con ello se vislumbra un doble nivel de supervisión, útil sobre todo al principio de nuevas políticas y normativas sobre transparencia.

## VII. CONCLUSIONES

Avanzar en transparencia, en transparencia real y efectiva, es avanzar en calidad democrática y regeneración de un sistema político y social, en control democrático y en lucha contra la corrupción. Por ello, debemos confabularnos en mejorar la misma, a través tanto de específicas políticas públicas destinadas a tal fin como de normativa que cumpla adecuados estándares de calidad. Esta normativa no debe permanecer en el mero plano teórico sino poseer una dimensión aplicativa cotidiana y ordinaria.

El proceso de apertura pública y de acceso a la información es un proceso irreversible. Ha pasado de necesario para avanzar en democracia a convertirse en imprescindible en dicho empeño, de tal forma que en la actualidad se puede aseverar que no es posible una auténtica democracia sin unos altos niveles de transparencia.

Es cierto que en ocasiones, en este ámbito, se corre el riesgo de que las categorías jurídicas se vean transidas de cuestiones éticas e incluso morales que se avienen mal con la interpretación técnica necesaria. Ante ello no hay que caer en los riesgos del subjetivismo, cercanos a la arbitrariedad, ni en la tiranía de los valores o de la dispersión de un mal entendido multiculturalismo. Frente a tales peligros debemos mantener operativas las categorías jurídicas en sentido estricto y los criterios hermenéuticos propios del ámbito del derecho.

En fin, tanto la sociedad como los poderes públicos deben tratar de difundir y asentar la cultura de la transparencia en toda su extensión y virtualidades, insistiendo al mismo tiempo en el respeto y ejercicio de los derechos de participación ciudadana. Esta actitud dará oportunidades de renovación a la democracia para responder a las nuevas necesidades que van surgiendo con la evolución social.