

Transparencia y buen gobierno. Evaluación y propuestas a partir de la experiencia en la Unión Europea e Italia

Diana-Urania Galetta

Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale,
Università degli Studi di Milano,
diana.galetta@unimi.it

ISSN 1989-7022

Transparency and Good Governance. Evaluation and Proposals Based on Experience in the European Union and Italy

RESUMEN: Según una opinión bastante generalizada, transparencia y buen gobierno serían muy estrictamente relacionados. Entonces el artículo examina, críticamente, en particular la disciplina del derecho de acceso a los actos de la administración pública en el marco de Unión Europea y en el derecho italiano: que, con sus recientes reformas, pone claramente un fuerte énfasis sobre el tema de la transparencia.

Al constatar que, evidentemente, la transparencia (así como la democracia) no puede ser gratis – y que las legislaciones sobre la “libertad de información” no pueden producir automáticamente el cambio deseado en las relaciones ciudadano-administración pública – se propone crear un “responsable de la transparencia”, que actuaría como referente del ciudadano que desea informarse sobre los procesos políticos y administrativos, y que pero carece de la competencia necesaria para hacerlo solo. Entonces su papel sería de convertir la transparencia, de una palabra mágica desprovista de sentido concreto, en una realidad tangible.

PALABRAS CLAVE: Transparencia, buen gobierno, derecho de acceso a la información, Unión Europea, Derecho italiano

ABSTRACT: According to a fairly general opinion, transparency and good governance shall be very strictly related. This paper critically examines, therefore, the legal framework concerning especially access to public administration's documents in European Union law and in Italian law, where recent reforms put a very strong emphasis on the subject of transparency.

Based on the evidence that transparency (as well as democracy) obviously cannot be for free - as no legislation on “freedom of information” can automatically produce the desired change in the citizen-public relationship - it is suggested that a “responsible for transparency” be provided for. A public officer who should become the point of reference for citizens wishing to get information about political and administrative processes, but lacking the necessary competence to do it alone. His role would therefore be to turn transparency, from a magical word devoid of concrete meaning, into a tangible reality.

KEYWORDS: Transparency, good governance, right to access to public information, European Union, Italian law

1. Introducción

Todas las legislaciones recientes sobre la libertad de información (FOI) se basan en la idea idílica e iluminista que la información es el “oxígeno” de la democracia (Brandeis, 1914).

En esta “perspectiva cultural” específica, las regulaciones de la ‘Freedom of Information’ se presentan a menudo como “la solución” al problema de la democracia que simplemente “no es lo bastante democrática”. Supuestamente, son los ciudadanos los que desean absolutamente que la acción del gobierno sea más transparente y pueda desempeñar un papel más fuerte (Schäfer, 2012).

Este asunto se repite tan con frecuencia hoy, que nadie parece tener que molestarse en evaluar esta afirmación empíricamente. También hay mucha retórica sobre el tema de la transparencia como herramienta para luchar contra el fenómeno de la corrupción y, por lo tanto, para facilitar y fomentar buenas prácticas administrativas y, finalmente, el buen gobierno. Así que, según una opinión bastante generalizada, transpa-

Galetta, Diana-Urania: “Transparencia y buen gobierno. Evaluación y propuestas a partir de la experiencia en la Unión Europea e Italia”, en Cotino Hueso, Lorenzo y Boix Palop, Andrés: El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho.
ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 27, 131-148



Received: 01/02/2018
Accepted: 20/04/2018

rencia y buen gobierno serían muy estrictamente relacionados. ¿Es esto así y si es así en qué medida lo es y por qué?

Vamos a analizarlo rápidamente a través de la experiencia en la Unión Europea y sobre todo de la experiencia reciente en Italia con sus recientes reformas y énfasis sobre el tema.

Una advertencia: aunque me parece obvio que la transparencia es mucho más que eso (Galletta, 2016b y 2016c), aquí hablaré básicamente de las normas que rigen el derecho de acceso a los documentos e información de los poderes públicos como instrumento de transparencia. Ya que si la política de transparencia no se agota en el derecho de acceso a la información pública, este derecho constituye sin duda una de las condiciones básicas para reconocer la existencia de dicha política.

2. La transparencia en el Derecho de la Unión Europea

2.1. Los orígenes y el Reglamento N° 1049/2001

Con respecto al objetivo de hacer la Unión Europea más transparente, ya en su Libro Blanco de 2001 sobre la gobernanza europea¹, la Comisión europea identificó (entre otros) dos principios fundamentales considerados como bases para el debate sobre el futuro de Europa: el principio de apertura y el principio de participación.

El principio de apertura implicaría que las instituciones trabajen de una forma más abierta. *"Junto con los Estados miembros, deberían **desarrollar una comunicación más activa** sobre la labor de la Unión Europea y sobre las decisiones que ésta adopta. Deberían asimismo utilizar **un lenguaje que resultara accesible** para el público en general"*².

En realidad, la idea de la toma de decisiones abiertas ya había sido reforzada por el Tratado de Amsterdam de 1997, en particular después de la entrada de los países escandinavos en la Unión: ya que en estos países el principio de transparencia y los archivos abiertos desempeña desde siempre un papel destacado en sus ordenamientos jurídicos internos (Bernitz, 2000).

En cuanto al principio de participación, se especificó ya en el Libro Blanco de 2001 que *"La calidad, la pertinencia y la eficacia de las políticas de la Unión implican una amplia participación de los ciudadanos **en todas y cada una de las distintas fases del proceso**, desde la concepción hasta la aplicación de las políticas"*; precisándose también que *"Una participación reforzada debería generar una mayor confianza en los resultados finales y en las instituciones de las que emanan las políticas"*. Y sobre este punto se terminaba señalando que *"La participación depen-*

de esencialmente de la adopción de un enfoque integrador de este tipo por parte de las administraciones centrales en la concepción y aplicación de las políticas de la Unión Europea"³.

¿Qué significa todo esto y como se intentó alcanzar y garantizar aquel resultado?

En realidad, las tomas de decisiones abiertas en la Unión Europea se han realizados sobre todos a través de la implementación del derecho de acceso a los documentos.

En efecto como lo ha recordado el Tribunal de Justicia con una decisión muy reciente "a tenor de su considerando 1, el Reglamento N° 1049/2001 se inscribe en la voluntad (...) de marcar una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa en la cual las decisiones sean tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible". Y, a continuación, "Como recuerda el considerando 2 de dicho Reglamento, el derecho de acceso del público a los documentos de las instituciones está ligado al carácter democrático de éstas"⁴.

El mencionado Reglamento n° 1049/2001 es el relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y se basa en el principio del "acceso más amplio posible"⁵.

Junto con la jurisprudencia de los Tribunales de la UE, este Reglamento ha contribuido a hacer operativo el derecho de acceso de los ciudadanos, estableciendo procedimientos y normas para el ejercicio de sus derechos democráticos de la parte de los ciudadanos europeos.

En los considerandos del Reglamento N° 1049/2001 se especifica que "La apertura permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático"⁶. Por consiguiente, todos los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión son en línea de principio públicos y solamente determinados intereses públicos y privados están protegidos mediante excepciones específicas. Pero como las excepciones constituyen una excepción al principio del mayor acceso público a los documentos, estas deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto, de acuerdo con una jurisprudencia reiterada de los tribunales de la UE⁷.

Se trata aquí, sobre todo, de garantizar el acceso público a los documentos relativo a la actividad legislativa de una institución de la Unión. A pesar de que la jurisprudencia ha aclarado varias veces que "aunque la actividad administrativa de la Comisión no exige un acceso a los documentos tan amplio como el relativo a la actividad legislativa de una institución de la Unión, ello no significa en modo alguno que dicha actividad quede fuera del ámbito de aplica-

ción del Reglamento N° 1049/2001, ya que éste será de aplicación (...) a todos los documentos que obren en poder de una institución, es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión”⁸.

2.2. Las novedades previstas en el Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa, en vigor desde diciembre de 2009, incluye una serie de reformas que enfatizan los principios de la toma de decisiones abierta, de la participación ciudadana y el papel de la buena administración en la construcción de las ‘credenciales democráticas’ de la Unión Europea. En lo que respecta, en particular, a la toma de decisiones democráticas y a la transparencia, el Tratado de la Unión Europea (TUE) incluye una serie de disposiciones básicas, aplicables en todos los ámbitos de la acción de la Unión. Incluso la democracia participativa goza de un papel fundamental en el nuevo marco del Tratado. Según el artículo 10.3 TUE, a fin de garantizar el derecho de “*todo ciudadano*” a “*participar en la vida democrática de la Unión*”, el Tratado establece que “*las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos*”. Asimismo, el artículo 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) impone al legislador la obligación de actuar públicamente y establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

Especialmente importante resulta, en este contexto, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, solemnemente proclamada en Niza en 2000 y que con el Tratado de Lisboa ha adquirido un valor jurídico equivalente al de los Tratados. Y el derecho de acceso está configurado en la Carta como derecho fundamental autónomo, independiente del derecho a la libertad de expresión y a recibir información, y está asociado más bien a la ciudadanía comunitaria y al derecho a una buena administración. También, por cuanto al derecho a una buena administración, en virtud del artículo 41 de la Carta este derecho incluye “*en particular*:

- *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente:*
- *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 y comercial”.*

En cualquier caso, lo más importante a mi juicio no es la calificación del derecho como fundamental o no, sino la habilitación de medios o instrumentos para ejercer de forma efectiva el derecho de acceso a la información. Desde este punto de vista hay lamentablemente que

constatar que el Defensor del Pueblo europeo ha desempeñado un papel particularmente importante para garantizar la transparencia en la UE. No obstante, como ya lo había señalado Hauti Hautala en el contexto del Informe anual del Parlamento europeo sobre el acceso del público a los documentos, para los años 2009-2010 un tercio de sus investigaciones se ocupaban exactamente de la falta de transparencia, incluso el rechazo de información de la parte de las Instituciones de la Unión Europea⁹.

Dicho esto, no habría que obviar que en el Derecho de la Unión Europea el acceso a los documentos constituye solamente uno de los elementos constitutivos de la idea de transparencia. No en vano, hay efectivamente mucho más con quien poder útilmente complementar la idea de transparencia: como, por ejemplo, el deber de motivación de los actos, que está bien radicado y tiene orígenes muy lejanos en el derecho comunitario¹⁰ (Galetta, 2006).

3. Transparencia y Derecho italiano

3.1. El marco jurídico en la primera fase: la Ley N.º 241 de 1990 y el derecho de acceso a los documentos administrativos

La Ley N.º 241 de 1990¹¹ sobre el procedimiento administrativo estableció por primera vez en el ordenamiento jurídico italiano normas generales sobre el derecho de acceso a los documentos administrativos, que reproducen en parte las normas definidas ya en las legislaciones sectoriales. La Ley N.º 241/90 fue el primer intento concreto y orgánico del legislador italiano de aplicar los principios establecidos en el primer párrafo del art. 97 de la Constitución, según el cual los órganos públicos están organizados de manera que garanticen buena administración e imparcialidad.

Sin embargo, quince años después, con la Ley N.º 15/2005¹², el Parlamento italiano reescribió casi todo el Capítulo V de la Ley N.º 241/90 sobre el acceso a los documentos administrativos e hizo algunos pasos atrás con respecto al acceso a los documentos administrativos. Asimismo, al mismo tiempo, en 2006 se adoptó un Decreto Legislativo (N.º 36/2006)¹³ para la transposición de la Directiva europea 2003/98 / CE relativa a la reutilización de la información del sector público¹⁴.

Aunque la finalidad de la Directiva era establecer un conjunto mínimo de normas para regular la reutilización (con fines privados o comerciales) de documentos existentes mantenidos por organismos públicos de los Estados miembros, y aunque la Directiva tenía por objeto aprovechar el régimen del acceso existente en los Estados miembros, sin modificar las

normas nacionales sobre el acceso a los documentos, esta Directiva fue concretamente un punto de partida para la adopción de políticas de “datos abiertos” (*open-data-policy*) en muchos Estados miembros de la UE, incluida Italia. Así que si bien se limitaba a proporcionar una armonización mínima y no suponía ninguna obligación de permitir la reutilización de documentos, la Directiva promovió una política nacional de mayor disponibilidad de información del sector público: con la idea de que tal amplia disponibilidad representaría algún tipo de valor añadido también para el propio organismo público, promoviendo la transparencia y “accountability”.

Con mira a esta “Política de Datos Abiertos”, en 2009 y en 2013 el Gobierno italiano adoptó dos decretos legislativos que llevaban los títulos paradigmáticos de: “Optimización de la productividad del trabajo público y eficiencia y transparencia de la administración pública” (Decreto Legislativo N° 150/2009)¹⁵ y “Reorganización de las normas relativas a las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de la información por parte de las autoridades públicas” (Decreto Legislativo N° 33/2013)¹⁶.

Me centraré aquí solamente en el examen del último decreto mencionado, el Decreto 33, que ha sido recientemente objeto de una profunda modificación a través del primero de los decretos llamados “Madia” (por el nombre de la ministra de la función pública en Italia al momento de su aprobación).

3.2. El marco jurídico actual: el “Freedom of Information Act” italiano

El Decreto Legislativo N° 150/2009 perseguía un doble objetivo: de una parte, pretendía garantizar una mayor eficiencia de la administración pública mediante la transparencia de la actuación de la administración y de los servicios públicos; del otro lato perseguía el objetivo de prevenir la corrupción, a través de la transparencia del procedimiento y de la organización. De la otra parte, el segundo objetivo es el enfoque específico del Decreto legislativo N° 33/2013: _ prevenir y erradicar la ilegalidad en la Administración Pública italiana, conformemente con su Ley de delegación¹⁷.

Según la primera versión del Decreto 33 (modificada recientemente con el denominado ‘Decreto FOIA’) las administraciones públicas estaban obligadas a cumplir con los requisitos de transparencia establecidos en el Decreto principalmente mediante el uso del “sitio web institucional” de cada administración como instrumento privilegiado de transparencia. La idea básica es que cualquier usuario puede acceder a los sitios web de las administraciones públicas para buscar información sobre la actividad y la organización de los organismos públicos sin tener que pasar por un proceso de autenticación o ser identificado de ninguna

manera. La información mencionada debe ser publicada en la página de inicio de los sitios web institucionales en la sección “Administración Transparente” y el Decreto prohíbe la creación de cualquier filtro y / o cualquier otro dispositivo técnico dirigido a impedir que los motores de búsqueda basados en la Web indexen y busquen informaciones.

Las administraciones públicas deben asegurar la calidad de la información publicada en los sitios web institucionales¹⁸. El epígrafe del artículo 7 se titula “Datos Abiertos y Reutilización” y la provisión establece que los documentos, informaciones y datos sujetos a publicación obligatoria tienen que ser publicados en formato abierto y son reutilizables sin más restricciones que la obligación de citar la fuente y respetar su integridad.

El “responsable de la transparencia” - quien es el sujeto clave, instituido *ex novo* por el Decreto N° 33/2013 - está encargado de supervisar que las administraciones públicas cumplan con las disposiciones normativas aplicables¹⁹.

La sección del Decreto 33 que regula la supervisión de la aplicación y las sanciones tiene, en este sentido, una importancia crucial e incluye también una sanción muy peculiar: el acceso público precisamente (*accesso civico*), que ya se estableció bajo el art. 5 del Decreto 33 en su versión original. Esta norma ha experimentado nuevos cambios sustanciales a través del llamado “Decreto FOIA”: se trata del Decreto legislativo N° 97/2016²⁰, que modifica radicalmente las disposiciones del Decreto N° 33/2013 relativamente al acceso público (*accesso civico*). Así, en la disposición original del art. 5 del Decreto N° 33/2013 el acceso del público se encontraba como limitado únicamente a los documentos, informaciones o datos que la administración pública está obligada a publicar; y entonces eso se entendía (y diseñaba) como una mera sanción en relación con la infracción de esta “obligación de publicar”.

Sin embargo, el Decreto FOIA opera a este respecto una verdadera revolución. Así, el nuevo artículo 5, párrafo 2, del Decreto 33 estipula que para promover formas generalizadas de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y sobre el uso de los recursos públicos y promover la participación pública en el debate público, todo el mundo tiene derecho a acceder a los datos ya a los documentos de las administraciones públicas, además de aquellos documentos que se deben publicar en virtud de las previsiones de este mismo decreto.

Por lo tanto, el acceso del público a los datos y documentos de las administraciones públicas se convierte ahora en la regla general. Ciertamente se trata de un verdadero “cambio de paradigma”: ya que la FOIA italiana diseña la transparencia como libertad de acceso a los datos y documentos de los poderes públicos garantizados, en primer lugar, a través de un acceso público a dichos datos y documentos (*accesso civico*); y, (sólo) en segundo lugar,

mediante la publicación de documentos, información y datos (Galetta, 2016b). Ello significa que al legislador italiano de la FOIA le parece claro que el acceso público (*accesso civico*) a los datos y documentos de los poderes públicos es el instrumento principal para lograr la transparencia. Así que el acceso público a los documentos mantenidos por la administración pública no deberá seguir siendo relegado - como se ha pasado hasta ahora - a una mera excepción a la regla general en virtud de la cual el derecho de acceso está relacionado solamente con la existencia de un interés cualificado: como establece expresamente el art. 22 de la Ley N° 241/90 sobre el procedimiento administrativo²¹.

La nueva FOIA italiana establece por el contrario que además del derecho «clásico» de acceso de las partes interesadas (y que tienen entonces un interés cualificado) ya previsto en la Ley n° 241/90 (y que permanece tal y cual, totalmente sin cambios), hay también un acceso público general (*accesso civico*) a los datos y documentos de los poderes públicos se concederá para el futuro. Por consiguiente, de conformidad con el nuevo artículo 5 del Decreto 33, un solicitante que pide acceso público no necesita ser titular de un denominado "interés cualificado" y no tiene que motivar su solicitud de acceso. La solicitud puede ser transmitida electrónicamente y la liberación de información o documentos en forma electrónica o impresa es gratuita; salvo el reembolso de los costos efectivamente incurridos y documentados por la administración para la reproducción de soportes materiales²².

3.3. Restricciones al acceso del público y papel de la Autoridad Nacional Anticorrupción

El mencionado nuevo derecho de acceso a la información previsto por la FOIA italiana no está, en modo alguno, concebido como un derecho ilimitado. Las restricciones son posibles cuando sean necesarias para garantizar la protección de intereses públicos y privados jurídicamente relevantes. De ahí que se establezcan un gran número de posibles restricciones, destinadas a proteger un amplio número de intereses públicos y privados.

Así, junto con las restricciones al acceso "clásicas" - es decir las restricciones que intentan proteger intereses públicos como la seguridad pública y el orden público, la seguridad nacional, las cuestiones militares y de defensa, las relaciones internacionales, la política, la estabilidad financiera y económica del Estado, investigaciones sobre delitos y su enjuiciamiento e inspecciones²³ - hay también una lista bastante larga de otras posibles restricciones, que son relativas a la protección de intereses privados. Esta lista incluye la protección de los datos personales, del secreto de la correspondencia, así como de los intereses económicos y comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual, los derechos de autor y los secretos corporativos²⁴.

Con el fin de concretar estas restricciones tan generales al acceso público el legislador decidió implicar en esta tarea a la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC), que tiene el papel de adoptar (de acuerdo con el Garante por la Protección de los datos personales) "Orientaciones" (*Linee Guida*) para las administraciones públicas²⁵. Pese a que hay dudas muy importantes acerca de su naturaleza jurídica (Deodato, 2016) de estas "Orientaciones" (*Linee Guida*) ya adoptadas por la ANAC²⁶, lo cierto es que las mismas no parecen en modo alguno muy útiles para resolver los problemas. Además, hay importantes dudas sobre la conveniencia de confiar también esta competencia a una Agencia independiente como la ANAC, cuyo objetivo y naturaleza es el de trabajar como "vigilante anticorrupción". Con lo que la elección política del legislador italiano a este respecto se basa en el supuesto cuestionable de que sea posible identificar un vínculo claro e inequívoco entre el acceso del público a los datos y documentos de las administraciones públicas, la transparencia y la lucha contra la corrupción. Y este vínculo ciertamente no existe inequívocamente como tal (Galetta, 2017). Y en este sentido, cabe hacer mención de una amplia investigación llevada a cabo por un grupo de investigadores estadounidenses sobre 128 países, entre 1984 y 2003, en que se utiliza una variedad de "indicadores de propensión" y de técnicas de "matching" - y que se publicó en la Revista de Ciencia Política "Public Choice" - como no existiría realmente un vínculo significativo entre la transparencia y la reducción de la corrupción (Escaleras, Lin, Register, 2010).

Sin perjuicio de lo anterior, la principal limitación concreta de la reforma del Decreto FOIA reside en la ausencia total de recursos financieros especiales destinados a esta reforma. Y, aun peor, el artículo 44 del Decreto FOIA dispone expresamente que "*La aplicación del presente Decreto no deberá dar lugar a nuevas o mayores cargas financieras*" Y que "*Las administraciones interesadas cumplirán las disposiciones del presente Decreto con los recursos humanos, instrumentales y financieros disponibles en virtud de la legislación vigente*" (Galetta, 2016b y 2016c). ¡Se trataría, entonces, de la enésima reforma "a coste cero"!

4. Transparencia y tecnologías de la información y comunicación (TIC): el buen gobierno en la era digital

Como ha señalado un atento comentarista, las nuevas tecnologías han transformado profundamente las sociedades en las últimas décadas. Así que "El paradigma en el que estamos inmersos, caracterizado por la drástica aceleración de las nociones de espacio y tiempo, implica que el gobierno y la Administración se enfrenten a desafíos inéditos" (Corvalan, 2017,

621). Y el gobierno electrónico - es decir la aplicación de las TIC al funcionamiento del sector público - permitiría también incrementar la transparencia y la participación ciudadana.

Para alcanzar este objetivo, desde un punto de vista reglamentario el gobierno digital presupone normas que regulan tan la gestión documental y expediente electrónico, como los trámites a distancia y servicios digitales. El objetivo principal de la gestión documental y expediente electrónico consiste en facilitar la gestión documental, reducir los plazos en las tramitaciones de cada expediente y el seguimiento público de los expedientes. Ahora bien, además de asegurar la vigencia de los principios clásicos (legalidad, proporcionalidad, etc.), es importante tener en cuenta también los principios de transparencia, acceso y perdurabilidad, cooperación, colaboración y coordinación.

Desde este punto de vista cabe recordar que, en cuanto al contexto específico de la Unión Europea, la diputada europea Haudi Hautala constataba en 2011 que resultaba frustrante que tras diez años tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1049/2001 (y después cientos de miles de euros gastado por las instituciones de la UE para implementarlo adecuadamente) todavía faltaba un enfoque común e incluso común "Metadatos" para acompañar al mismo tipo de documentos²⁷.

Resulta claro entonces que el Derecho Administrativo debería ser capaz de incorporar nuevos postulados y categorías innovadoras, que aparecen de importancia clave en la era digital. Entre otros hay evidentemente los principios de interoperabilidad, perdurabilidad, robustez, escalabilidad, usabilidad, sustentabilidad tecnológica. Y, asimismo, hay principios como lo de accesibilidad digital, de seguridad digital, de alfabetización digital, de inclusión digital etc. Se trata, en conclusión de impulsar un gobierno y una Administración que promuevan, de una parte una mayor eficiencia gracias a las tecnologías TIC; y, de la otra parte, la efectividad de los derechos y un desarrollo tecnológico inclusivo.

5. Conclusiones, bastante escépticas

En los últimos tiempos la palabra "transparencia" se ha convertido en una especie de "palabra mágica", siempre de moda y, en última instancia, buena para todos los usos. Como ya señaló el primer Defensor del Pueblo Europeo, el finlandés Jakob Söderman, en su importante informe por la Federación Internacional de Derecho Europeo (FIDE) de 1998: "Todo el mundo está a favor de la 'transparencia', pero justamente demasiada popularidad arriesga privar el término de un significado preciso"²⁸ (Söderman, 1998, 6).

El término “transparencia” oculta en realidad conceptos y significados muy diferentes: de modo que todo depende también de la perspectiva de la que se parte. Por ejemplo, con referencia al derecho de la Unión Europea un comentarista cuidadoso había polémicamente interpretado la proclamación de la transparencia y del derecho de acceso, como “un intento de legitimación de la Unión Europea falta de legitimación democrática” (Cotino Hueso, 2005, 311).

En verdad la transparencia es ciertamente un concepto multipropósito y de contenido indefinido. Como ya se ha señalado, la transparencia no se agota con el derecho de acceso a la información pública y no se acaba con el cumplimiento de este derecho. Hay otros instrumentos esenciales en este sentido, como confirma un análisis de derecho comparado: se trata, en particular, de la participación en los procedimientos y de la obligación de motivación de los actos públicos. En efecto, ambos son considerados como cruciales tanto en el sistema francés (Auby, 2016), como en el ordenamiento jurídico alemán (Wewer, 2014b). Es más, el propio derecho de acceso goza de un papel clave en este contexto. En consecuencia, el derecho de acceso a la información pública está garantizado por los Estados de varias formas.

En algunos países se le ha otorgado expresamente la naturaleza jurídica de derecho fundamental. Sin embargo, son todavía la mayoría los Estados en los que no se le ha reconocido esta importante condición: entre los que se encuentran España y Italia. Tampoco en Alemania no se le ha atribuido la condición de derecho fundamental. Y solamente en algunos casos se ha apreciado que la falta de información podría vulnerar otros derechos fundamentales, como el derecho de defensa.

Por el contrario, para ejemplo en Portugal, el derecho de acceso a la documentación administrativa se considera como un derecho fundamental y sólo puede ser restringido en los casos expresamente previstos por la Constitución. La Constitución de 1976 establece en su artículo 268.1 que *“los ciudadanos tienen el derecho a ser informados por la Administración, siempre que lo soliciten, sobre la marcha de los procesos en los que ellos sean interesados directos, así como a conocer las resoluciones definitivas que fueran tomadas sobre ellos.”* Mientras que el 268.2 señala que *“los ciudadanos tienen también el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley en materias relativas a la seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de las personas”* (Gil-Leiv; G. Moya Martínez, 2011). Del mismo modo, el derecho de acceso a la documentación administrativa también se ha consagrado como derecho fundamental en algunos países latinoamericanos: para ejemplo en las Constituciones de Perú y Ecuador.

A nivel supraestatal, en el seno del Consejo de Europa y de la Organización de Estados Americanos (OEA), tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos consideran que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental integrado dentro del derecho a la libertad de expresión y a recibir información (Mendel, 2008).

Por lo que se refiere a la Unión Europea, con la adopción de la Carta de derechos fundamentales desde Niza (2000) el derecho de acceso a los documentos ha sido identificado expresamente como derecho fundamental (art. 42 de la Carta). Y- como ya se ha dicho - la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE goza ahora del mismo valor jurídico que los Tratados.

Una de las principales contestaciones que recibe el sistema administrativo de la Unión Europea actualmente es que, a pesar de las posibilidades que ofrece la tecnología, no se han incrementado de forma perceptible ni la transparencia ni el acceso a la información administrativa.

Por cuanto a la tipología de solicitantes, hoy día el mundo académico es la categoría más activa de solicitantes (presentan un 22,7 % de las solicitudes iniciales). A continuación se sitúan los despachos de abogados (con un 13,6 %) y la sociedad civil (ONG, grupos de interés) con el 10,3 % del número total de solicitudes. De estos datos se desprende claramente, que la posibilidad de acceso a los documentos resulta ser un instrumento útil solamente para aquellos que traen cierta educación y observan política y administración de todos modos profesionalmente (Soldt, 2015; Bannas, 2015). Lamentablemente, la mayoría de los ciudadanos carece de capacidad de comprender los textos legales y los documentos administrativos. Así que los registros de transparencia no sirven al público, sino más bien a una minoría que ha aprendido a manejar los documentos que allí se encuentran (Wewer, 2015). En consecuencia, si la demagogia de la transparencia es sin duda una herramienta maravillosa para ganar el favor de votantes ingenuos, todas las legislaciones sobre la "libertad de información" todavía no producen automáticamente el cambio deseado en la realidad de las relaciones ciudadano-administración pública. Sin el contexto necesario, las leyes de transparencia, con todas sus buenas intenciones, no pueden hacer que la legislación, ni los procesos políticos y administrativos sean verdaderamente "transparentes".

Desde este punto de vista, las tendencias más recientes a optar por una política de datos abiertos (*open data policy* como alternativa a, o también juntos al acceso público) me parece aún menos convincente. Porque la idea de que sólo se deben poner suficientes documentos públicos en la web y, luego, la administración pública ya sería 'transparente', ignora no sólo el conocimiento científico de la neurociencia sobre la comprensión de los textos; sino que también confunde los datos con la información (ya que la distinción entre datos e

información, prestada del lenguaje informático, es una distinción muy importante) (Kock, 2006); y pero confunde también la información con el conocimiento.

En verdad, solo un ingenuo creería en la existencia de una relación de equivalencia directa entre la cantidad de documentos puestos a disposición del ciudadano en el Web y la transparencia (Wewer, 2014a). Porque no solo el conocimiento que el ciudadano puede conseguir sobre la actividad de la administración pública no es directamente proporcional a la cantidad de documentos disponible en la red; pero hay también que ser conscientes de que, a través de la publicación de demasiados datos en el Web se puede, al contrario, producir un fenómeno llamado de "Opacidad por confusión" (Fenster, 2006; Carloni, 2009). Es decir que, si se ponen demasiados documentos públicos en el Web, se causa menor, en vez de mayor, información a los ciudadanos sobre los asuntos políticos y administrativos.

En este sentido un influyente comentarista alemán ha destacado polémicamente que, si los ciudadanos realmente quisieran transparencia, no exigirían datos públicos, sino que harían algo al respecto: dedicarían tiempo, trabajo y esfuerzo a los procesos de investigación y a mejorar su capacidad de procesar adecuadamente la información (Wewer, 2015). Porque en verdad, sin un conocimiento adecuado de los que lo leen, los datos y documentos públicos en la web no pueden conducir a una mejor comprensión: sino sólo a mayores malentendidos y, por lo tanto, a la proliferación de cualquier especie de demagogos populistas.

La solución para compensar esta falta de competencia para comprender los textos legales y los documentos administrativos podría ser, me parece, de imaginarse un responsable de la transparencia que - tan como el agente responsable del procedimiento administrativo en el derecho italiano, que es el referente del ciudadano a lo largo de todo el procedimiento administrativo, ya a partir de la fase de iniciación²⁹ - pueda ser el referente del ciudadano que desea informarse sobre los procesos políticos y administrativos; y que pero carece de la competencia necesaria para hacerlo solo.

Me refiero, pues, a la idea de garantizar una especie de "transparencia asistida": que no solo supondría un derecho de acceso debidamente respaldado por partes de las administraciones públicas, pero también requeriría una "participación asistida" de los ciudadanos en los procedimientos administrativos; de modo que la transparencia estaría llena de contenido concreto y no quedaría más en algo meramente simbólico (Galletta, 2016a). Debería tratarse, evidentemente, de la asistencia de un funcionario público, pagado con dinero público y que tenga una misión específica: convertir la transparencia - que al momento me parece ser únicamente una especie de palabra mágica, desprovista de sentido concreto - en una realidad tangible para los ciudadanos. Así pues, no se trataría simplemente de identificar

al enésimo órgano de control y/o de supervisión (según el modelo del responsable de la transparencia ya previsto en el Decreto 33 italiano); si no de identificar a un sujeto que podría actuar como soporte concreto al ciudadano que desea informarse, pero que no tiene las capacidades o competencias necesarias para hacerlo correctamente y útilmente.

Porque, en conclusión, la transparencia (así como la democracia) no puede ser gratis. Ni para el Estado: que (como lo hemos dicho) tiene que invertir recursos financieros para concretizar su la política de transparencia. Ni para los ciudadanos: que tienen que dedicar tiempo, trabajo y esfuerzo para mejorar su competencia y procesar adecuadamente la información.

Bibliografía

- Auby, Jean-Bernard (dir) (2016): *Droit comparé de la procedure administrative - Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles
- Bannas, Günter (2015): „Die Transparenz der anderen“. *Frankfurter Allgemeine* del 1 de agosto, Pg. 4
- Bernitz, Ulf (2000): Swedish report. En J. Schwarze (dir.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, Baden-Baden Pg. 389
- Brandeis, Louis (1914). *Other People's Money - and How Bankers Use It*. <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/other-peoples-money-by-louis-d.-brandeis>
- Carloni, Enrico (2009): “La ‘casa di vetro’ e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa”. *Diritto pubblico*, Vol. 3, Pg. 806.
- Corvalán, Juan G. (2016): *Derecho administrativo en transición*, Buenos Aires
- Corvalán, Juan G. (2017): “Hacia una administración pública digital”. *Temas de Derecho Administrativo*, agosto, Pg. 621.
- Cotino Hueso, Lorenzo (2005): “Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución europea y en la realidad de su ejercicio”. En J.P. González (dir.), *Libro homenaje a Íñigo Cavero Lataillade*, Valencia, Pg. 289
- Cotino Hueso, Lorenzo (2012): “Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas”. En J. Barrat i Esteve y R.M. Fernández Riveira (dir.), *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, Madrid, 2012, Pg. 245
- Deodato, Carlo (2016): *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, abril, <https://www.giustizia-amministrativa.it>.
- Escaleras, Monica; Lin, Shu y Register Charles (2010): “Freedom of information acts and public sector corruption”. *Public Choice*, 2010, Vo. 145, Pg. 435
- Fenster, M. (2006). The Opacity of Transparency. *Iowa law review*, Pg. 885

- Fernández Ramos, Severiano (2004): "La transparencia administrativa en Portugal. Una referencia para el Derecho Administrativo español". *Revista de Administración Pública*, Vol. 163, enero-abril, Pg. 431
- Galetta, Diana-Urania (2006): "Trasparenza e Governance amministrativa nel diritto europeo". *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Vol. 2, Pg. 265
- Galetta, Diana-Urania (2014): "Transparency and Access to Public Sector Information In Italy: a Proper Revolution?". *Italian Journal of Public Law*, Vol. 6, Pg. 212
- Galetta, Diana-Urania; Ibler, Martin (2015): "Decisioni amministrative "multipolari" e problematiche connesse: la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza in una prospettiva di diritto comparato (Italia-Germania)". *Federalismi.it* - <http://www.federalismi.it>, Vol. 9, Pg.1
- Galetta, Diana-Urania (2016): "The Italian Freedom of Information Act 2016 (why transparency-on-request is a better solution)". *Italian Journal of Public Law*, Vol. 8, Pg. 268 - http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2016_volume_2/IJPL_volume2_2016.pdf (2016a)
- Galetta, Diana-Urania (2016): "Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. n. 33/2013". *Federalismi.it* - <http://www.federalismi.it>, Vol. 5, marzo, Pg. 1 (2016b)
- Galetta, Diana-Urania (2016): "La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo". *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Vol. 5, Pg. 1019 (2016c)
- Galetta, Diana-Urania (2017): "Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?". *Diritto e Società*, Vol. 1, Pg. 43
- Gil-Leiv, Isidor; Moya Martínez, Gregorio (2011): "El acceso a la información pública: estudio de casos de Brasil, España y Portugal", *Informação & Sociedade: Estudos*, João Pessoa, Vol. 21, n.1, Pg. 73 -<http://webs.um.es/is-gil/resources/Articulo%20Acceso%20informacion%20publica%20Gil%20Leiva%20Moya%20Martinez.pdf>
- Italia, Vittorio (2016): *Le "linee guida" e le leggi*, Milano
- Kock, Ned (2006): *Systems Analysis & Design Fundamentals: A Business Process Redesign Approach*, Thousand Oaks, Cap. 2
- Krastev, Ivan (2013): *In Mistrust We Trust: Can Democracy Survive When We Don't Trust Our Leaders?*, TED Conferences
- Mendel, Toby (2008): *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*. 2nd ed. Paris: UNESCO.
- Patroni Griffi, Filippo (2013). La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza. *Federalismi.it* - <http://www.federalismi.it>, Vol. 8, Pg. 1
- Pozen, David E. (2017): "Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act". *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, Pg. 1097
- Prats Catalá, Joan (2004): "Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo". En F. Saininz Moreneno (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, p. 33
- Romano Tassone, Antonio (1995). "A chi serve il diritto di accesso. Riflessioni su legittimazione e modalità di esercizio del diritto di accesso nella legge n. 241 del 1990". *Diritto amministrativo*, Vol. 2, Pg. 317.

- Sandulli, Maria Alessandra (2000). "Acceso alle notizie e ai documenti amministrativi". *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IV, Pg. 1.
- Schäfer, Georg E. (2012): *Bürger wollen eine Regierung zum Mit-Machen. Erwartungen an Open Government und transparentes Regierungshandeln*, Norderstedt
- Schwarze, Jürgen (2012): "European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon". *European Public Law*, Pg. 285,
- Schwarze, Jürgen (2015): "Access to documents under European Union Law". *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Vol. 2, Pg. 335
- Söderman, Jakob (1998): *The Citizen, the Administration and Community Law*, informe al XVIII Congreso de la FIDE (Fédération internationale de droit européen), Estocolmo, del 3 al 6 de junio de 1998. - <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.
- Soldt, Rüdiger (2015): "Das Volk weiß es nicht besser". *Frankfurter Allgemeine* de 17 de febrero, Pg. 8
- Sztompka, Piotr (2010): "Does Democracy Need Trust, or Distrust, or Both?". En: S. A. Jansen, E. Schröter y N. Stehr (dir), *Transparenz. Multidisziplinäre Durchsichten durch Phänomene und Theorien des Undurchsichtigen*, Wiesbaden, Pg. 248
- Wewer, Göttrik (2014). „Wundermittel Transparenz? Über Informationsfreiheit und Transparenzgesetze“. *Informationsfreiheit und Informationsrecht. Jahrbuch 2014*, Pg. 162 (2014a)
- Wewer, Göttrik (dir) (2014): *Open Government, Staat und Demokratie. Aufsätze zu Transparenz, Partizipation und Kollaboration*, Berlin (2014b)
- Wewer, Göttrik (2015): „Machen Transparenzgesetze Gesetzgebung transparent?“. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Vol. 4, Pg. 462
- Ziller, Jacques (2014) : "Origines et retombées du principe de transparence du droit de l'Union européenne". En G. Guglielmi, E. Zoller (dir.) *Démocratie, transparence et gouvernance citoyenne*, Pg. 25

Notas

1. La Gobernanza europea — un Libro Blanco, COM (2001) 428 final (2001/C 287/01).
2. Doc. 2001/C 287/01, Pg. 7.
3. Doc. 2001/C 287/01, Pg. 7.
4. Tribunal de justicia, 13 de Julio de 2017, C-60/15P, Saint-Gobain Glass Deutschland, apartado 60. Análogamente: sentencia de 1 de julio de 2008, Suecia Y Turco/Consejo, C-39/05P y C-52/05P, EU:C:2008:374, apartado 34.
5. Véase el artículo 1 del Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.
6. Considerando nº 2.

7. Véase por ejemplo: Tribunal de justicia, sentencias de 1 de febrero de 2007, Sison/Consejo, C-266/05 P, apartado 63; de 1 de julio de 2008, Suecia y Turco/Consejo, C-39/05 P y C-52/05 P, apartado 36; de 21 de septiembre de 2010, Suecia y otros/API y Comisión, C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, Rec. p. I-8533, apartado 73; de 21 de julio de 2011, Suecia/MyTravel y Comisión, C-506/08 P, Rec. p. I-6237, apartado 75; de 6 de Diciembre 2001, Heidi Hautala, C-353/99 P, apartado 27 ss.; de 3 de Julio de 2014, Sophie in't Veld, C-350/12P, apartado 48.
8. Tribunal de justicia, 13 de julio de 2017, C-60/15P, Saint-Gobain Glass Deutschland, apartado 85. Véase, en ese sentido, también la sentencia de 21 de julio de 2011, Suecia/MyTravel y Comisión, C-506/08 P, EU:C:2011:496, apartados 87 y 88 y jurisprudencia citada.
9. Véase Doc. DT\854668EN.doc, in www.europarl.europa.eu.
10. De hecho, en un momento histórico en el que el secretismo de la administración pública representaba la regla normal, en el art. 15 del Tratado CECA ya se había insertado una disposición que obligaba a motivar todo los actos de la Alta Autoridad.
11. Ley 7 agosto de 1990, N° 241, "Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos", en el Diario oficial nro. 192 del 18.08.1990.
12. Ley 11 febrero de 2005, N° 15, "modificaciones y adiciones a la Ley 7 agosto 1990, N° 241/90, sobre normas generales sobre la acción administrativa", en el Diario Oficial N° 42 del 21.02.2005 .
13. Decreto Legislativo 24 enero 2006, N° 36, en el Diario Oficial N° 42 del 14.02.2006.
14. Directiva 2003/98 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre la reutilización de la información del sector público, modificada por la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, en <http://www.eurlex.eu>.
15. Decreto Legislativo 27 octubre 2009, N° 150, en el Diario Oficial N° 254 del 31.10.2009.
16. Decreto Legislativo 14 marzo 2013, N° 33, en el Diario Oficial N° 80 5.3.2013.
17. Ley 6 de noviembre de 2012, N° 190, Disposiciones para la Prevención y la Represión de corrupción y de ilegalidad en la administración pública.
18. Véase el art. 6 y siguientes del Decreto Legislativo N° 33/2013 (Capítulo I-Ter - Publicación De Datos, Información Y Documentos), que se refieren a los principios de integridad, actualización constante, exhaustividad, puntualidad, simplicidad de consulta, comprensión, homogeneidad, facilidad de acceso y cumplimiento de los documentos originales de la administración, indicación de su origen y reutilización.
19. Véase el art. 43 del Decreto Legislativo N° 33/2013.
20. Decreto Legislativo 25 de mayo de 2016, N° 97, Revisión y simplificación de las disposiciones sobre prevención de la corrupción, apertura y transparencia, modificación de la Ley N° 190 de 6 de noviembre de 2012 y Decreto Legislativo N° 14 del 14 de marzo de 2013, N° 33 en conformidad con el artículo 7 de la Ley N° 124 de 7 de agosto de 2015 sobre reorganización de las administraciones públicas, publicada en el Diario Oficial de 8 de junio de 2016, N° 132.
21. Que se refiere a la existencia de "un interés directo, concreto y actual correspondiente a una situación jurídicamente tutelada y relacionada con el documento al que se solicita el acceso". Véase el art. 22 de la Ley N° 241/90.

22. Véase el art. 5, párrafos 2-4, del Decreto Legislativo N° 33/2013 como modificado con el Decreto FOIA.
23. Véase el art. 5-bis, párrafo 1, del Decreto Legislativo N° 33/2013 como modificado con el Decreto FOIA.
24. Véase el art. 5-bis, párrafo 2, del Decreto Legislativo N° 33/2013 como modificado con el Decreto FOIA.
25. Véase el art. 5-bis, párrafo 6, del Decreto Legislativo N° 33/2013 como modificado con el Decreto FOIA.
26. Con la Resolución N° 1309 del 28 de diciembre de 2016, publicada en el Diario Oficial - Serie General N° 7 de 10 de enero de 2017, que proporcionan indicaciones operativas con el propósito de definir las exclusiones y limitaciones al acceso cívico previsto en el art. 5, párrafo 2, del Decreto 33.
27. Véase Doc. DT\854668EN.doc, in www.europarl.europa.eu.
28. *"Everyone is in favour of 'transparency', but too much popularity risks depriving the term of a precise meaning"*. La traducción es mía.
29. Véase el capítulo II - Responsable del procedimiento (art. 5 ss.) de la Ley 7 agosto de 1990, N° 241.