

RECAPITULACIÓN

I. Sobre la evolución y el concepto de transparencia

1. La transparencia es un principio relativamente nuevo en su formulación, que se ha topado y se topa con inercias contrarias, entre tales inercias cabe destacar dos: el secreto como componente ineludible en la formación de la voluntad política y al hecho de que la burocracia es por sí tendente a la opacidad.

2. Tras una historia de secreto y poder, con el Estado liberal comenzaron a hurtarse importantes espacios a la opacidad. El poder legislativo el que accedería a la información del gobierno para controlarlo y, a su vez, el Parlamento mismo había de ser transparente respecto de los ciudadanos a los que representaba. No obstante los indudables avances, persistía la inercia de secretismo del Antiguo Régimen, unida al hecho de que la opacidad resultaba una condición de eficacia de una administración cada vez más fuerte. Las cortinas de la administración se abrieron, y poco para el Parlamento, pero no para los ciudadanos. Así, la única transparencia en el ejecutivo era la de la cúpula de la jerarquía burocrática respecto de sus inferiores, para así poder ejercer mejor control y mandato.

3. En la segunda mitad del siglo XX se estimularía la transparencia en el occidente democrático. La transparencia comenzaría a ser un medio complementario de control de la administración creciente y cada vez más compleja del Estado social, una administración que afectaba directamente a la vida de los ciudadanos cuyo control se había escapado hace tiempo al Parlamento. Además, y como resaca de la ola participativa del 68, el incipiente reconocimiento de la transparencia tuvo básicamente la pretensión ser premisa de una participación en la administración, en especial en sectores como el urbanismo y el medio ambiente. Así es que, sobre todo en el último tercio del siglo XX las legislaciones –en incluso las constituciones– de diversos Estados democráticos occidentales ampliaron o comenzaron a reconocer las posibilidades de que los ciudadanos administrados pudiesen comprobar sus entrañas accediendo a su información y documentos pretendiéndose, con ello complementar las legitimaciones (legal, democrática, de la eficacia y eficiencia) de aquella cada vez más poderosa administración.

4. La “transparencia” es una expresión que suscita por lo general las reacciones más favorables, aunque nadie suele saber bien a qué se refiere con ella. Es por ello que en primer término se han constatado algunos de los caracteres de esta noción: la transparencia es una propiedad de los cuerpos que se aplica como metáfora respecto de muchos ámbitos y, en concreto, se predica respecto del poder público. Asimismo, se trata de un concepto polisémico emplea por muchas disciplinas y en muy variados contextos. Pero,

sobre todo, la transparencia es instrumento de unos fines que la trascienden. Con la alusión a la transparencia se evoca siempre un deber ser de la administración –o de los poderes públicos en general- y serán, precisamente, los objetivos queridos los que determinen el alcance que se atribuye a la transparencia. De ahí que la “transparencia” sea una noción que aglutina toda una serie de institutos y normas que delinear un modo de ser de aquello de donde se predique (el sistema político, económico, financiero, las instituciones, la administración, etc.).

5. Ya en el ámbito de la transparencia pública, entre los múltiples contenidos que se aducen del genérico “transparencia”, en este estudio se ha optado por un concepto estricto, cuanto menos a fin de su manejabilidad. Se ha partido de que la transparencia es el grado de información del gobierno y la administración que se hace disponible al público y, hay que adelantar, dicha información se hace disponible por dos razones básicas, tanto para poder controlar al gobierno y la administración como para poder participar en los mismos. Así, en el núcleo de la transparencia se ha considerado el acceso del público a la información pública. Y dicho acceso se ha observado de dos modos que confieren estructura al estudio:

· En primer lugar, el acceso “formal” a la información pública. Éste resulta del ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos, allí donde esté reconocido, como es el caso de la Unión Europea. Este acceso formal puede hacerse de varias maneras, incluyendo el ejercicio de este derecho a través de internet.

· En segundo lugar, el acceso “material” a la información pública. Éste, más amplio y difuso se define por exclusión: es el acceso del público a la información pública de forma no reglada, esto es, no como resultado del ejercicio del derecho de acceso formal. A diferencia del acceso formal, el acceso “material” alcanza muy variadas realidades, como la misma noción de “información pública”, como variadas son las acciones y medios de los poderes públicos que hacen disponible la información y como diversas son las formas para acceder a ella por la ciudadanía, más allá del concreto derecho de acceso. En todo caso, en este estudio se ha centrado la noción del acceso material en la difusión y acceso de la información pública por medio de internet y, como se verá, esta noción queda muy vinculada a la existencia misma del gobierno o administración electrónicos.

6. Sin perjuicio de haber considerado el acceso “formal” y “material” a la información pública como núcleo de la transparencia, ello no obsta en modo alguno para desconocer que a la transparencia se le atribuyen otros contenidos:

· Así, las garantías jurídicas de motivación, acceso al expediente o audiencia previa tienen alguna conexión con la transparencia, y sobre todo respecto la finalidad de control de ésta. No obstante, se ha estimado que tales garantías tienen autonomía propia en el ámbito jurídico, como se ha demostrado evidente en el ámbito de la Unión Europea con el reconocimiento autónomo del derecho a la buena administración.

· También se ha observado la íntima relación transparencia-apertura-participación, de singular importancia en el ámbito de la Unión. En este punto, también se ha optado por discernir unas ideas de otras. Sin desconocer que la transparencia es premisa necesaria de la participación, no es la participación misma. Precisamente se ha insistido en que si se confunde transparencia con participación, se corre el peligro de consolarse con la transparencia sin tener participación alguna, un fenómeno, por otra parte, no extraño al ámbito de la Unión Europea, como más tarde se ha observado.

· Respecto de la apertura (que se predica en la Unión Europea, artículo 1 TUE) puede considerarse como elemento de transición entre la mera transparencia y la participación. La apertura tiene mucho que ver con la transparencia, aunque supone un paso más allá. No se trata de hacer una campana de cristal, sino una casa de cristal con las puertas y ventanas abiertas invitando al proceso interactivo de consultas y diálogo para la toma de decisiones. Información y canales de comunicación en varios sentidos. Así pues, aun con espacios comunes, se ha considerado que cada noción guarda autonomía propia.

· Algunas nociones como con la accesibilidad, legibilidad e inteligibilidad, coherencia y otras virtudes se predicán de la normativa y estructura de la Unión Europea cuando se habla de transparencia. Se ha optado también por distanciar éstas del núcleo de la transparencia, si bien se considera su conexión por cuanto manifiestan la claridad con la que la información pública en su sentido más amplio llega al público. En todo caso, sin desconocer que estos son factores coadyuvantes de la transparencia se ha considerado oportuno dejarlos al margen en este estudio, también por su relativa autonomía y distanciamiento con su núcleo.

Una vez realizada una aproximación a la noción de transparencia y definidos sus contenidos esenciales y accesorios, se ha pasado a observar los múltiples factores generales, así como los particulares en el ámbito de la Unión Europea, cuya convergencia explica, a mi juicio, las verdaderas razones de la ya casi explosiva emergencia de la transparencia en Europa.

II. Respecto de los impulsos generales de la transparencia y las nuevas tecnologías

1. Entre los impulsos generales, por cuanto a los propiamente jurídicos se ha observado el proceso de constitucionalización de los derechos de motivación, audiencia y acceso al expediente en el ámbito de la Unión Europea a través del derecho a la buena administración reconocido en la Carta europea de los derechos fundamentales. Asimismo se ha tenido en cuenta el *habeas data* respecto de la administración, esto es, la facultad contenida en el derecho fundamental de protección de datos que permite requerir a los poderes

públicos para que señalen la información que tienen sobre quien ejerce este derecho.

2. Por cuanto a los calificados “impulsos democráticos”, se afirmado que más que identificar democracia y transparencia, parece más apropiado señalar que la transparencia es un factor que refuerza o disminuye el carácter democrático del sistema. La vinculación de una y otra tiene cuanto menos dos caminos discernibles: de un lado, la transparencia es un instrumento de control de la acción del ejecutivo y la administración cada día más importante. De otro lado, la transparencia es un presupuesto para la participación en la toma de decisiones y en la administración también con un valor emergente. Control y participación, ineludiblemente conectados con cualquier idea de democracia.

3. Desde el punto de vista del control, pese a que la transparencia no figure clásicamente en los estudios del control de la administración a nadie escapa que es un instrumento de control de las administraciones públicas, por lo general de carácter externo y ejercitable por el público. Se ha considerado que la transparencia es un refuerzo, una forma suplementaria de control en un mundo con mayores dificultades de controlar a una administración más flexible, mudable, que no cesa de gestionar grandes recursos con mayores esferas de autonomía:

- Así, de una parte, ante estructuras tan flexibles y en red de los nuevos poderes públicos, la transparencia es un instrumento idóneo para la fijación de responsabilidades para la dación de cuentas. De igual modo, permite aproximar al ciudadano y ponerlo en situación de juzgar la eficacia y eficiencia de la administración, esto es, su legitimidad material.

- Se ha afirmado también que las referencias a la transparencia vienen por lo general vinculadas al control y, en particular, a la lucha contra la corrupción. No obstante, se ha adelantado que esta perspectiva no es la propia de la Unión Europea, sin perjuicio de la necesidad de este tipo de control y de la utilidad de la transparencia para ello.

- Asimismo, se ha estimado que la transparencia es útil respecto de las nuevas administraciones *reinventadas* bajo las corrientes de la Nueva Gestión Pública, al igual que como mecanismo de refuerzo del control de los poderes públicos en razón de las exigencias actuales del grado de tecnificación actual y fenómenos como la globalización.

Se ha concluido respecto de la vinculación de la transparencia y el control que quizá lo más importante no es el ejercicio efectivo de los elementos que integran la transparencia, sino la mera potencialidad por su existencia misma, como agente de cambio cultural de las organizaciones políticas y democráticas. La actuación en la casa de cristal ante la posible vista de la ciudadanía genera toda una serie de dinámicas que, como balance general, se estiman positivas para controlar la administración.

4. Se ha observado a la transparencia pública como instrumento imprescindible para toda forma de participación, ya se trate en la más amplia

participación política o de la participación en la administración. En todo caso, se ha vuelto a insistir en los peligros de la “sacralización” de la transparencia en el ámbito de la legitimación democrática tanto de la administración como de los poderes públicos, previniendo respecto de un general “culto a la transparencia” que como se ha estudiado más adelante es un peligro que se da, en particular, en el ámbito de la Unión Europea.

5. Se ha observado que, además de los impulsos jurídicos y democráticos, hay un estímulo económico a para la transparencia: el tratamiento de la información pública como materia prima y valor económico fundamental. Así, el acceso a la información pública más allá de un elemento propio de la transparencia puede ser visto como la liberalización de una ingente materia prima al sector privado para generar riqueza. Así es como la Comunidad Europea ha venido observando desde hace tiempo a la información pública y es la razón por la que pretende imponer a los Estados miembros una Directiva liberalizadora prevista para fines de 2003.

6. Respecto de las nuevas tecnologías como impulso general de la transparencia Se ha tratado con autonomía al factor general que supone el estímulo material más efectivo a la transparencia: las nuevas tecnologías y la implantación de los gobiernos electrónicos. Para ello se ha observado cómo desde el inicio de la construcción de la sociedad de la información se ha subrayado el fundamental papel de los gobiernos en la difusión de la información. En esta línea, se ha expuesto cómo conceptualmente hay una transición natural de la transparencia a la participación gracias y por medio de las nuevas tecnologías. Ello es así en tanto en cuanto se coincide por los expertos que la creación de portales donde se permita el acceso y accesibilidad a la información sobre y de la administración constituye el primer estadio del gobierno electrónico, que culmina con la interacción y la participación y democracia electrónicas.

7. Se ha observado respecto de la primera fase del llamado *e-government* que los medios electrónicos permiten de forma extraordinaria la difusión de esta información, su localización y su accesibilidad según los diferentes grados de intensidad en la profundidad de la misma. En particular se ha considerado la noción de “accesibilidad” como factor clave para el aquí llamado acceso “material” a la información pública. Por ello se han recordado los principios básicos de la accesibilidad pública: reconocibilidad y localizabilidad; disponibilidad; manejabilidad; precio razonable; responsabilidad y confianza; claridad y accesibilidad para los limitados física o psíquicamente.

8. Aun de forma meramente aproximativa, se ha abordado el impulso de las nuevas tecnologías desde el punto de vista de la participación y democracia electrónicas. Ello ha sido así en lo que se ha creído una interesante visión prospectiva y dado que la transparencia como premisa de la participación es como se invoca en Europa. En todo caso, se ha advertido que el acceso a la información por medios electrónicos ni exige ni garantiza por sí solo la

génesis de nuevas dinámicas participativas como las denominadas bajo los genéricos de democracia y participación “electrónicas”.

Respecto de estas nociones se han abordado y apostado por las teorías que subrayan el papel que las nuevas tecnologías pueden desarrollar en una democracia basada en el diálogo deliberativo, informativo y formativo entre los diversos interlocutores, siendo este diálogo el que justamente facilitan las nuevas tecnologías. Internet en sí no cambia la política, pero sí permite un cambio de política antes no imaginable. Y precisamente en el contexto de la democracia participativa por la que se apuesta en la Unión Europea y teniendo en cuenta la lejanía de sus instituciones para los ciudadanos, este campo puede erigirse en un laboratorio de estas nuevas formas de participación electrónica. No en vano, el acceso a la información electrónico en la Unión Europea va a ir siendo acompañado por mecanismos de consulta y diálogo (apertura) a fin de fomentar la participación.

II. Sobre la verdadera razón de la fuerte emergencia de la transparencia en la Unión y Comunidad europeas

Una vez abordados todos los factores “generales” que hacen de la transparencia un valor en alza, se ha encaminado el estudio al ámbito más concreto de la Unión y Comunidad europeas. Se han buscado cuáles son las causas –más allá de las “generales”- por las que la transparencia ha pasado al frontispicio de todo diseño político y jurídico de la construcción europea.

1. Para ello, en primer término, se ha considerado indispensable abordar el más amplio fenómeno de la “gobernanza” que se postula en el mundo y, en particular, en Europa. Así, se ha analizado este concepto que lleva atrayendo la atención de economistas, politólogos y juristas en los últimos años. De dicho concepto se ha percibido que tiene dos facetas básicamente, una descriptiva y una valorativa. De un lado, con “gobernanza” se describe la nueva forma de gobernar que imponen los procesos actuales, una forma menos vertical e imperativa, tendente a la negociación, coordinación y estímulo de la cooperación con todos los sectores sociales, públicos y privados. Se ha dicho que *haciéndose de la necesidad virtud*, es usual que esta nueva acción de dirección social se estime, por sí sola, como deseable. De otro lado, se ha observado como la “gobernanza” es un concepto usado como descriptor de las más excelsas virtudes que ha de reunir la dirección social en el mundo moderno, por resumir la gobernanza o “buena gobernanza” es: Estado de Derecho y derechos fundamentales, eficacia, eficiencia, dación de cuentas y democracia.

2. Tras dicha aproximación a la gobernanza en general se han expuesto los motivos de su natural vinculación con el proceso político de la Unión Europea, en tanto falto de referencias, bizantinamente complejo, multinivel y determinado por lo económico. Se ha considerado que la noción de

gobernanza parece una estrategia de abstracción legitimadora que en cierto modo lleva al paroxismo: la gobernanza en Europa, se ha dicho es, al mismo tiempo, el descriptor de la “enfermedad” y de la “receta curativa” del sistema político de la Unión. Todo en una misma palabra.

3. Una vez asumida esta noción de gobernanza, se ha observado el cumplido papel que se le confiere a la transparencia en el diseño político arquitectural por el que apostó la Comisión Europea. Inicialmente, como preludeo en el Libro Blanco de la Comisión Europea de 2000 y, sobre todo, en el famoso Libro Blanco de la gobernanza en Europa de 2001. Así, en un seguimiento exhaustivo se ha expuesto que en el Libro blanco de 2001 la transparencia forma parte directa y esencial de los dos primeros de los cinco principios políticos de la buena gobernanza que se proponen (apertura y participación) y está bien presente en el tercero de ellos (responsabilidad). Asimismo, de los cuatro ejes de cambios propuestos, también la presencia de la transparencia es esencial en los dos primeros (más participación; mejora calidad y en la aplicación de las políticas) con presencia en el cuarto (centrar las instituciones). Y es que, como se ha señalado, el Libro Blanco tiene su *ethos* en la transparencia.

4. Una vez constatada dicha importancia conferida a la transparencia en el este diseño de construcción europea se ha acudido directamente a la explicación del fenómeno: la aclamación de la transparencia forma parte de un intento de legitimación democrática de la Unión forjado a través de una más que dudosa concepción de una democracia participativa de corte corporativo.

Así, se ha realizado una breve aproximación al fenómeno de “despolitización” que en sí supone el proceso de integración: la Unión y Comunidad sirven al fin de despolitizar algunos sectores de decisión llevándolos al ámbito técnico y puramente económico, permaneciendo el debate político y valorativo en los Estados nacionales. De igual modo, se ha llevado a cabo una referencia al tan manido déficit democrático de la Unión, producido, en muy buena medida, por la aludida despolitización que produce no sólo complejidad, sino opacidad, falta de control y de rendición de cuentas, así como tecnocracia y burocracia.

Se ha considerado que la transparencia parece emanar como *ungüento mágico* con el que *frotando* a la Unión se resuelven todos sus males. La transparencia habría de hacer sencilla y comprensible a la Unión y Comunidad europeas, con sus ininteligibles normas y procedimientos decisionales. La transparencia habría de sanar sus formas de actuar a través de grupos de trabajos, comités de expertos y la comitología, abriendo las puertas a la participación e influencia en los mismos, como consagrados ámbitos de génesis de voluntad en esta tecnocracia europea. La transparencia no acabaría con la burocracia y la tecnocracia, pero haría que sus formas de actuar y sus decisiones fuesen más “democráticas”. O al menos, es lo que se predica.

5. Todo ello hay que enmarcarlo en las concepciones de la democracia que se postulan como remedios al déficit democrático europeo. La

transparencia y su tránsito a la apertura son las herramientas y premisas básicas en la apuesta por una democracia deliberativa con clara influencia del pluralismo de Dahl y las garantías procedimentales de la acción comunicativa de Habermas. En este punto, se han seguido básicamente la propuesta de la holandesa Curtin en torno a una democracia participativa, asociativa y deliberativa supranacional donde todos los afectados e interesados pueden participar e influir en la toma de decisiones. Las nuevas tecnologías se prestan a esta democracia deliberativa, tal y como desde las propuestas de democracia electrónica se observó. La deliberación debe generar un esfera pública de discusión de participantes a escala europea, no en la opacidad y fragmentación actual y, para ello la emergencia de la sociedad civil europea es fundamental. En esta corriente la noción de sociedad civil es fundamental, como esfera de interacción social entre la economía y el Estado, espontánea e independiente, “no política. Se llega a afirmar que una rica vida asociativa puede complementar el papel de los partidos políticos.

6. La Comisión parece haberse encaramado hacia este modelo democrático, si bien en buena medida lo ha adulterado en su Libro Blanco de la Gobernanza. Incluso en el anteproyecto de Tratado Constitucional parecía seguirse su noción de democracia participativa, sustitutiva, además, de la democracia parlamentaria. La clave de esta corrupción del modelo deliberativo ha sido el manejo de una noción organicista de la sociedad civil, bastante más institucionalizada de la formulada originalmente. El Libro Blanco ha seguido el esquema básico de la propuesta deliberativa, pero al cambiar una de las fichas del tablero, ha cambiado la partida. Así, se apuesta por una institucionalización al identificar los comités –y en especial el Comité Económico y Social- con la sociedad civil. Asimismo, la voluntad racionalizadora de organizar eficazmente la participación de la sociedad civil por medio de un mecanismo de consultas y diálogos, ha llevado a esta sociedad civil por una senda peligrosamente próxima al precipicio. Así, movimientos, asociaciones, ONGs, sindicatos y organizaciones empresariales, organizaciones de base parecen más cercanos a oficializarse y perder su carácter de “civiles”, pasando a ser una terminal más de los poderes públicos europeos. Pese a que la voluntad expresada era la de no institucionalizar, sino articular la sociedad civil, son diversos los sectores doctrinales contrarios a la vía elegida. Asimismo el Parlamento Europeo ha reaccionado frente al Libro blanco, que, con el Libro verde sobre la democracia parlamentaria de 2000, parecía atacar directamente a la democracia parlamentaria (así como el Libro verde).

7. Tras el análisis de la Comunicación de 2002 sobre el diálogo y consulta con la sociedad civil y a la vista de la regulación del proyecto constitucional de 2033, se ha constatado que la Comisión ha atemperado sus apuestas visionarias, intentando virar hacia una sociedad civil menos institucionalizada, a la vez asumiendo la primacía de la democracia

representativa y parlamentaria. Así, al menos de momento, la democracia participativa ha vuelto a ser considerada como un complemento de aquélla.

8. Se ha fijado también la atención lo se ha considerado “un vicio aún peor”: la sacralización de la transparencia, esto es, hacer de la transparencia un fin en sí mismo, no la premisa indispensable para una dudosa forma de participación legitimatoria, sino legitimación misma en una palabra. Así se ha observado que en los documentos y en la misma aceptación doctrinal inconsciente no es infrecuente percibir que se olvida el carácter instrumental de la transparencia. Su concepción como nuevo derecho fundamental y constitucionalización y su relativa novedad parecen cegar a quienes ante la brillantez de esta nueva estrella de la gobernanza europea olvidan que la transparencia es, como se dijo desde un inicio, un instrumento que por sí sólo, alejado de sus finalidades, poco vale. En este punto se ha destacado cómo, hoy por hoy, la transparencia se proclama sin su necesario complemento, el reconocimiento de derechos concretos de participación, siendo, además, que el modelo de participación propuesta es cuanto menos dudoso.

9. Así las cosas, en este estudio se considera que la transparencia es un adecuado principio del buen gobierno. Ésta es positiva tanto para el control democrático, la participación, la eficacia y la eficiencia. Ahora bien, la transparencia no puede ser una nueva estrella que brille y cautive a los ingenuos por su sola mención, no puede hacer el juego a quienes se escudan en conceptos como “gobernanza” o “sociedad civil” para dar el estoque definitivo a una democracia parlamentaria que, aun obsoleto, sigue siendo la mejor forma de democracia conocida. Transparencia sí, pero siempre como instrumento, complemento y suplemento y siempre que no desvíe la atención y la energía de otros enfoques superadores de los déficits democráticos de la Unión Europea igual o más importantes.

III. Respecto del reconocimiento y configuración del acceso “formal” y “material” a la información

1. Tras el análisis de los “impulsos” a la transparencia, procedía ver cómo se ha hecho efectiva la convergencia de toda la serie de factores vistos que conducen a la transparencia. Así, se ha observado tanto el reconocimiento e importancia concedida al “acceso formal” (derecho de acceso a los documentos) cuanto el desarrollo del “acceso material” a la información pública en Europa, en particular en razón del avance del gobierno electrónico. Todo ello se ha seguido en los niveles, el de la Unión y Comunidad europeas, como principal, así como el de sus Estados miembros.

Se han analizado pormenorizadamente los pasos en la emergencia del derecho de acceso a los documentos en una doble perspectiva dinámica y de los actores que han participado. La materialización del reconocimiento del

derecho de acceso se ha concebido como una obra de varios actos en la que han participado muchos personajes.

2. El primer acto de esta obra se ha considerado particularmente como resultado de la acción de muchos actores. Se ha analizado así su aparición en una Declaración anexa al Tratado de Maastricht, su reconocimiento en la normativa interna de 1993 para la Comisión y para el Consejo, respectivamente. En esta primera fase, sobre todo, el análisis ha pretendido también situarse desde el punto de vista de los actores. Por ello, de un lado, se ha examinado el importante papel que ha desempeñado la jurisprudencia comunitaria, nutrida y progresiva. Pese a tener un interés mayormente jurídico, se ha optado por incluir un análisis detallado de este cuerpo jurisprudencial. También se ha observado la fuerte influencia del Defensor del Pueblo Europeo, impulsor directo de la profundización en el reconocimiento de la transparencia y de su horizontalización a la constelación de instituciones, órganos y agencias de la Comunidad y Unión europeas.

3. A continuación, como segundo acto, el examen se ha detenido en la situación normativa actual: la introducción del derecho de acceso en el Tratado de Amsterdam de 1997 como artículo 255 del Tratado de la Comunidad, aplicable en el ámbito del Parlamento, la Comisión y el Consejo y su secuela en el Reglamento de 2001. Se ha descrito, analizado y evaluado este Reglamento, que es el marco básico de referencia jurídica actual. En general, se ha considerado que esta norma aporta diversas mejoras respecto de la situación anterior, a la espera de su desarrollo práctico. No obstante, se ha recordado que en esta escena tampoco se ha reconocido la participación de la que en principio la transparencia es mera herramienta.

4. Ante la nueva normativa, el análisis se ha centrado también en la llamada extensión vertical y horizontal del acceso formal. Como extensión vertical se hace referencia al acceso a los documentos de la miríada de comités que están en la base real de la toma de decisiones de la Comunidad y Unión europeas. Así, se ha descrito cómo tanto la jurisprudencia como la nueva Decisión de comitología de 1999 que consagran el acceso a los estos comités, tradicionales esferas de opacidad. De otra parte, por cuanto a la horizontalización, se ha expuesto las dudas que existen respecto de la necesaria extensión del derecho de acceso al resto de instituciones, órganos y agencias de la Unión y Comunidad. En este punto se ha recordado el importante y creciente papel de las agencias en Europa (quince en la actualidad) y la necesidad de la extensión de la transparencia a las mismas.

5. También se ha estudiado la naturaleza del derecho de acceso, en un debate bastante huero sobre si es o no un derecho fundamental. A mi juicio, todo parece indicar que no lo será hasta la definitiva aprobación de la inminente Constitución europea. En este sentido, como “preludio del tercer acto”, se ha analizado tanto el reconocimiento del derecho de acceso en la Carta de los derechos fundamentales como la recepción más general de la transparencia en el definitivo proyecto constitucional aprobado en julio de

2003. La aprobación definitiva de la Constitución europea, prevista para mayo de 2004, llevará con toda seguridad consigo el reconocimiento no sólo político, sino también jurídico de la transparencia como principio básico para la vida democrática de la Unión y del derecho de acceso como derecho fundamental.

6. Este análisis, centrado obviamente en el ámbito comunitario y de la Unión, ha incluido también el reconocimiento del acceso en los países miembros (antes de la ampliación). Así, se ha expuesto cómo el derecho de acceso –de gran tradición en los países nórdicos- ha tenido un reconocimiento constitucional en muchos de los Estados miembros, en particular en las últimas décadas, y, en todo caso, un reconocimiento legal salvo excepciones como la de Alemania. Se ha observado cómo en la última década este derecho se ha extendido legalmente en diversos países, destacando el reciente reconocimiento en Reino Unido e Irlanda, donde hasta ahora era un derecho desconocido. En este contexto se ha mostrado interés por la figura anglosajona de los Information Commissioner o Information Tribune (Australia, Inglaterra, Irlanda, Canadá, Sudáfrica), figuras independientes sólo responsables ante los parlamentos –similares a los *ombudsmen*- especializadas en velar por los derechos de acceso a la información, y del acceso a la información pública.

7. También, confirmando la emergencia de la transparencia y el acceso en Europa y el mundo, se ha analizado la Recomendación de 2002 del Consejo de Europa sobre el reconocimiento del derecho de acceso a la documentación pública así como otros impulsos internacionales (ONU, OCDE, etc.). De otra parte, como referente comparado se ha operado una aproximación al derecho de acceso en los Estados Unidos, regulado en la conocida FOIA (*Freedom of Information Act*).

8. Una vez examinado el reconocimiento del acceso formal en la Unión Europea y sus Estados miembros, el estudio se ha adentrado en lo aquí denominado “acceso material”. El mismo, como se dijo, supone el acceso a la toda la información pública accesible excluyendo el acceso formal a los documentos. Este acceso material queda vinculado con las políticas activas de información y, en especial, a la construcción del gobierno electrónico, en tanto éste implica en su fase inicial el favorecimiento del acceso y accesibilidad a la información de y sobre los poderes públicos.

9. En todo caso, y con carácter previo, se recordado que aun con grandes diferencias internas, aproximadamente dos de cada tres ciudadanos no acceden a la red en la Unión Europea, a diferencia de otros países más avanzados como Canadá y Estados Unidos, teniendo en cuenta, además, que mientras en Suecia acceden dos personas de cada tres, en España, Francia o Italia es una de cada cuatro. Particularmente, se ha observado el fenómeno de la llamada “brecha digital”. Resulta en todo caso obvio que la cuestión de la división social entre “conectados” y “no conectados” tiene relevancia indirecta en tanto que dibuja *materialmente* un mapa de ciudadanos “accedentes” y “no accedentes” a la información pública de la Unión Europea. Ello es así en razón de los

aplastantes datos que vinculan el efectivo acceso (formal y material) a la información en Europa con internet. Respecto de este ámbito se ha descrito el interés sobre la materia en las políticas de la Unión Europea y su traslación a los Estados nacionales, con particular atención a la regulación de los servicios de internet como servicio universal en virtud de una reciente Directiva.

10. Una vez examinada esta premisa real al acceso material, el análisis se ha realizado en primer lugar respecto de las políticas europeas de “transparencia” y gobierno electrónicos para las propias instituciones de la Unión. En segundo lugar, se ha observado el importante impulso que la Unión lleva a cabo para la implantación de los gobiernos electrónicos de los Estados miembros.

En primer lugar, tras el examen de las propuestas de “cibercomisión” formuladas por la misma Comisión Europea en su Libro Blanco de Reforma de 2000, el interés se ha centrado en las políticas de información pública de la Unión. En concreto, se ha examinado la Comunicación de 2001 de la Comisión al respecto y, en particular, los avances habidos respecto del acceso directo a la información pública de la Unión Europea por medio de internet. En este punto se ha descrito el tipo de información directamente accesible: registros, referencias de los archivos históricos, todo tipo de documentación legislativa y preparatoria, así como los documentos del proceso de toma de decisiones (proyectos, órdenes del día y actas de reuniones, etc.), una amplia gama de bases de datos relativa al proceso decisional y sus resultados (Eur-Lex, Celex, Prelex, OEIL, TED, DOCE, BUE, etc.), así como el resto de información dispuesta de muy diversa naturaleza y forma. También se ha recordado la existencia de servicios de información y de centros particulares de información en la red. La atención se ha centrado, finalmente, en el sitio “Europa”, que es la plataforma que concentra los anteriores recursos y los hace efectivamente accesibles y, por tanto, es el núcleo del acceso (material, y también formal) a la información pública de la Unión Europea. Respecto del mismo se ha recordado su historia y dependencia genérica de la Comisión, las propuestas de futuro, a la vez de la disposición general de su estructura.

11. En segundo lugar, se ha fijado la atención en que las políticas de la Unión Europea inciden y mucho en el acceso material a la información pública en los Estados miembros de la Unión, en razón del fuerte impulso de esta a la implantación de gobiernos electrónicos en sus Estados miembros. SE ha observado la pronta incorporación de la Unión Europea a la sociedad de la información desde el Informe Bangemann de 1994 al particular interés de la Comunidad por liberalizar la información pública como materia prima de un sector económico clave (Libro verde de 1998 hasta la Directiva a aprobarse en 2003). Sin perjuicio de lo anterior, el interés se ha centrado en el Plan *eEurope* 2002 iniciado en Lisboa en 2000. Dicho plan ha conferido gran importancia al desarrollo de la administración electrónica impulsando su implantación en los Estados miembros. Los logros conseguidos han llevado a que se revitalizara con el Plan *eEurope* 2005, aprobado en Sevilla en 2002, también analizado.

IV. Finalmente, sobre la realidad del acceso a la información pública en Europa: del escepticismo a la esperanza

1. Se ha querido ir más allá del papel y advertir empíricamente el grado de efectividad de tales aspiraciones de acceso a la información pública más allá de su proclamación en normas y planes. Se trataba, por último y como colofón del estudio, de ver, hasta qué punto el acceso formal y material a la información pública se está haciendo *carne social* en la Unión Europea. Por ello, se ha pretendido dar respuesta a toda una serie de cuestiones respecto del acceso formal: ¿Cuál es el efectivo ejercicio del derecho de acceso? ¿Quiénes lo están ejerciendo? ¿Son las instituciones aperturistas en la concesión del acceso? ¿Qué incidencia tienen las nuevas tecnologías en este mismo acceso formal a la información? ¿Cuáles son las perspectivas de futuro a la vista de la dinámica? ¿La realidad demuestra que se trata de un pilar básico para el futuro de la Unión, o más bien retórica política? Por cuanto al acceso material se han elevado cuestiones semejantes: ¿se ha hecho efectiva la primera fase de información pública electrónica en los miembros de la Unión?, ¿Cuál es el acceso al *sitio Europa*? ¿Quiénes y por qué acceden? Al hilo de las respuestas se ha ido formulando algunas reflexiones sobre *el futuro de la transparencia en Europa*.

Para responder a tales cuestiones se ha acudido a las fuentes disponibles, que no son todo lo óptimas que se podía desear. En este sentido, no sólo ha habido que dar forma a los datos para permitir operar lecturas que no se habían realizado aún hasta la fecha, sino que, también y en buena medida, ha habido que reconstruir los datos a través de un arduo y árido seguimiento de numerosas series de datos dispersos y poco tratados. El resultado, con todos sus déficits, es a mi juicio novedoso tanto por su contenido y presentación. Con los mismos, creo, se permiten operar valoraciones particulares y de conjunto válidas, más allá de las que modestamente se han efectuado en el presente estudio.

2. Respecto del acceso formal se contaba con datos más nutridos que respecto del acceso material, siendo éstos además de una serie histórica considerable (desde 1994 hasta 2001). No obstante, en sentido contrario, los datos son relativos únicamente a la Comisión y al Consejo. De los mismos se ha deducido que pese a que la tendencia continua es al crecimiento –casi geométrico– del ejercicio de este derecho, los números absolutos demuestran que el ejercicio del acceso formal es casi anecdótico. Así, si se pone en relación con los ciudadanos de la Unión, es uno de cada treinta y tres mil ciudadanos quienes hasta ahora lo han ejercido. Es por ello que se ha cuestionado *si hacían falta tantas alforjas para este viaje*, en razón de los grandes esfuerzos normativos e institucionales para constitucionalizar este derecho. Del mismo modo, se ha advertido que este escaso ejercicio del derecho de acceso contrasta con las fabulosas expectativas legitimadoras que

al mismo se quieren conferir. Asimismo, cabe tener en cuenta el perfil de los ejercientes de este derecho (investigadores universitarios, abogados e industriales) dudosamente ligados a cualquier querencia de participar para conformar el interés general. Todo ello parecía en principio confirmar las duras críticas aquí recogidas, en el sentido de que la proclamación del acceso a los documentos (y la transparencia) forman parte de una estrategia de retórica legitimación de la Unión Europea. No se trata, obviamente de que se *pueda* ejercer el derecho, sino que la importancia del ejercicio efectivo es inexcusable. Pesemos sino en que sólo votaran en las elecciones uno de cada cien electores.

3. No obstante, antes de caer en una dinámica crítica, se ha tenido en cuenta un factor nada despreciable: la más reciente disposición electrónica de los registros, especialmente del Consejo, que permiten ejercer directamente el derecho de acceso por internet. En este sentido, aunque con escasos datos únicamente referidos a 2001 por el Consejo y sumamente escuetos, se ha observado que en un sólo año fueron novecientos mil los accesos “formales” por vía electrónica, accediendo en total a cuatro millones y medio de documentos de los dispuestos en estos registros electrónicos. El acceso a los documentos por internet era 375 veces mayor por internet que por los cauces no virtuales.

Es de este modo que se ha considerado que, cuanto menos de momento, no es preciso caer en la aludida dinámica crítica para considerar este dato como resquicio a la esperanza del contenido político efectivo que puede generarse con este derecho. Quizá los medios electrónicos estén permitiendo concebir unos poderes públicos que efectivamente se monitoricen por el público interesado. Eso sí, la práctica ausencia de periodistas, parlamentarios y de accedentes a título individual que parece detectarse no es un dato que estimule una lectura de legitimación política merced a este derecho de acceso. Como a continuación se menciona, los datos sobre el acceso material a la información pública en Europa no hacen más que confirmar la posibilidad de una positiva lectura y de fijar la atención más en la información pública a la que se accede por la red en Europa que al ejercicio efectivo del derecho de acceso por cauces no virtuales.

4. Asimismo, por cuanto a la actitud de la Comisión y el Consejo en su reconocimiento práctico de los accesos solicitados, estas instituciones parecen claramente dispuestas a concebir de forma abierta este derecho, siendo que de ocho de cada diez documentos solicitados se concede el acceso. Los motivos de denegación básicos son la protección del secreto de las deliberaciones (especialmente en el Consejo) y los diversos motivos vinculados al “interés público” (especialmente en la Comisión y con relación a los procedimientos de infracción).

5. En cuanto a la realidad del acceso material, y siempre en la medida de las posibilidades de este estudio, se ha fijado el examen en dos puntos. De un lado, se ha examinado el acceso efectivo al sitio Europa y la cantidad de

acceso a su información. De otro lado, y con menor importancia para este estudio, se ha observado la efectiva implantación de los gobiernos electrónicos en los países de la Unión, en especial respecto del logro de la primera fase relativa a la provisión de información pública. También, en la medida de lo posible, se ha intentado apreciar dicha implantación desde el punto de vista de su “accesibilidad” a la información dispuesta.

6. Respecto del acceso material a la información pública de la Unión Europea dispuesta por internet, los datos no han hecho más que confirmar la antedicha esperanza en una “transparencia electrónica” efectivamente ejercitada por el público. A partir del tratamiento de amplias series de datos sobre accesos técnicos al sitio Europa, se ha podido observar la magnitud de los mismos: en la actualidad se accede a dos millones y medio de “documentos” (pongamos por caso, páginas web) al día y a mil millones al año, además, anualmente casi se duplican estas cifras. Pese a la no posible comparabilidad con los datos del acceso formal, piénsese que por cada documento al que ha accedido formalmente por medios no virtuales, se ha accedido a unos sesenta mil documentos textuales en el sitio Europa. Los datos sobre los perfiles de los usuarios de la red no son suficientemente actuales como para inferir especiales consecuencias, más allá de que son hombres y jóvenes la mayor parte de los usuarios del sitio Europa, como en general de internet.

7. La importancia de las nuevas tecnologías para la transparencia no es, pues, en modo alguno despreciable y, de hecho, y no sin condicionantes, bien se puede hablar de que las nuevas tecnologías hacen a lo poderes públicos efectivamente transparentes. Ahora bien, no hay que caer en modo alguno en un excesivo optimismo pues, precisamente la difusión de información por los poderes públicos es difusión de información *controlada* por éstos. Los condicionantes son claros: el exceso de información (varios millones de documentos en el sitio Europa) no garantiza la transparencia, sino que incluso es contraproducente. Asimismo, la política respecto del sitio Europa y de la política activa de información por todas las instituciones, órganos y agencias no tiene, ni mucho menos, la entidad concedida al acceso formal a los documentos. Mientras se concentra la atención y esfuerzos constituyentes en la posibilidad de acceder a unos pocos miles de documentos –aun quizá los más importantes- la configuración de la red y de la información pública que se difunde no queda supervisada prácticamente. Y ello es así probablemente más por desidia y desconocimiento que por otra causa. Es por ello que, ante la magnitud del acceso material a la información pública, así como del acceso formal por vía electrónica, parece del todo necesaria una llamada de atención a los agentes políticos para velar por la accesibilidad de la información en Europa, su calidad y falta de restricciones, por sus mecanismos de control, etc. En esta dirección, pueden ser respuestas en un entorno tan cambiante como lo es la red otorgar particulares poderes a una institución independiente –como el Defensor del Pueblo Europeo-, o crear una nueva especializada en la

información, y a la vez, resulta necesario consolidar estándares de accesibilidad a la información no sólo técnicos, sino testados desde el punto de vista político y de la significación democrática que tiene o que se le quiere dar a la transparencia.

8. Por último, se ha tenido ocasión de examinar diversos estudios empíricos sobre la efectiva implantación del gobierno electrónico, especial por cuanto a la difusión de información pública, varios de ellos relativos a la consecución de los planes *eEurope* de implantación de servicios electrónicos básicos. De los mismos, se infiere la superación de dicha fase de provisión de información en línea, dado que nos encontramos en una media de implantación del gobierno electrónico querido por la Unión, de un 55% con pautas de crecimiento muy rápidas. Desde el punto de vista de la accesibilidad, que escapa con mucho a las posibilidades de este estudio, se constata que algunos elementos básicos de información (portal único, boletín oficial, búsquedas legislativas, guía electrónica básica) parecen casi totalmente establecidos los Estados miembros. Por cuanto a las referencias externas, la mayoría de los países europeos se sitúan en un término medio de avance con relación a países punteros como Estados Unidos, Canadá, Singapur o Australia. De este modo, se ha constatado, finalmente, la general implantación efectiva de la primera fase del gobierno electrónico en los países miembros de la Unión Europea y por ende, la puesta a disposición de información pública sobre las administraciones públicas.