

Conflicto Social, Transparencia y Buen Gobierno: Regulación y Acceso a La Información en la Ley Española nº 19/2013 de Transparencia, Acceso a La Información Pública y Buen Gobierno¹

Social Conflict, Transparency and Good Government: Regulation and Information Access in the Spanish Law nº 19/2013 About Transparency, Public Information Access and Good Government

ADOLFO JORGE SÁNCHEZ HIDALGO²

Universidad de Córdoba. Córdoba, Espanha.

RESUMEN: Este artículo persigue destacar la relación existente entre la idea de buen gobierno y la transparencia de los poderes públicos, para ello se comienza por resaltar la profundidad y complejidad de la idea de buen gobierno a lo largo de la historia, se analiza el origen de la noción de transparencia y de la idea de inspección o supervisión. Seguidamente, se reflexiona acerca de las posibilidades de dominación y libertad que presenta Internet. Finalmente, se desarrolla un análisis acerca de la Ley española 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, con la finalidad de establecer unas conclusiones críticas acerca de la realización del derecho de acceso a la información pública y participación democrática.

PALABRAS CLAVE: Transparencia; Buen Gobierno; Inspección; Democracia; Derechos Fundamentales.

ABSTRACT: This work aims to show up the relation between Good Government and public authorities 's transparency, thus this study begins to highlight the depth and complexity of the Good Government along the history. It will examine the origin of the authorities' transparency notion and the idea of inspection or supervision. Thereafter, it will consider the possibilities of liberty and domination that the Internet offers. Finally, this work will develop an analysis of the Ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno, with the aim to set many critical conclusions about the implementation of the right to access public information and democratic involvement.

1 Esta publicación es parte del proyecto de I+D+I, Referencia PID2020-113346GB-C22, "Conflicto y Reparación en la Historia Jurídica Española Moderna y Contemporánea", financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4155-5630>.

KEYWORDS: Transparency; good government; inspection; democracy; fundamental rights.

SUMARIO: Introducción; 1 Integración y dominación en la historia de la filosofía política; 2 Rousseau y el mito de la transparencia; 3 El panóptico de Jeremías Bentham; 4 Internet como diseño panóptico; 5 El caso Español. La Ley 19/2013 de 9 diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Un breve recorrido por la historia de la Filosofía política permite alumbrar dos direcciones esenciales en la consideración de la actividad política: a) la política entendida como un conjunto de reglas y poderes que persiguen la integración del conjunto social y b) la política como un conjunto de reglas y poderes que persiguen la dominación del conjunto social (DUVERGER, 1970, pp. 38-39). El pensamiento clásico orbitó en torno a la idea de integración y culto a la *res pública*, aunque en este cometido apenas se tuvo conciencia del individuo como sujeto político y, en consecuencia, tampoco de los derechos civiles y políticos derivados de su condición ciudadana. La teoría política renacentista, preludio de la modernidad, quebró las bases sobre las que se levantó el pensamiento político clásico; pues, la política quedó desvinculada de la eticidad y el naturalismo grecorromano para ser considerada esencialmente una técnica de dominación e imperio, que persigue fundamentalmente el sometimiento del individuo al Estado civil. La filosofía política moderna y el liberalismo clásico son herederos de los dogmas políticos renacentistas y, sin perjuicio de la defensa filosófica del individuo y sus derechos naturales, lo cierto es que la política siguió siendo contemplada esencialmente como dominación o, de otro modo, la actividad de dominación de un grupo social (la burguesía) sobre el resto. El individualismo y la postulación por unos derechos universales e inalienables cumplían estratégicamente para la burguesía una función emancipadora y revolucionaria frente al Antiguo Régimen; en cambio, toda vez que el cambio social tuvo éxito, la legislación burguesa y la democracia representativa devinieron en las nuevas formas de dominación.

En el contexto de la modernidad surgen precisamente las primeras reflexiones acerca de la transparencia en las obras de ROUSSEAU (2011) y BENTHAM (1979), en ambos se observa una incipiente instrumentalización de esta idea con el propósito de ordenar la política a la integración del individuo en comunidad y, además, la transparencia se ofrece como medio

para humanizar las relaciones de dominación. En efecto, la transparencia como valor ético comunitario de ROUSSEAU (2018, p. 689) o el panóptico de BENTHAM (1979, p. 37) cumplen esta doble funcionalidad integradora y capacitadora del individuo.

El estudio, que se presenta al lector, intenta recuperar este decurso histórico para mostrar el vínculo esencial que existe entre transparencia y buen gobierno en los dominios de la Filosofía política y, en especial, en la vocación rectora que de facto posee la acción política. Se trata de volver la vista al pasado para comprender el presente, una necesidad especialmente exigente hoy que las categorías políticas de la modernidad se encuentran discutidas y, precisamente, ahora que suele afirmarse la crisis del modelo democrático liberal. Quizás la mejor respuesta frente a esta amenaza sea defender los valores esenciales sobre los que se alza la democracia y, entre ellos, debe situarse la idea de transparencia. En este sentido, será objeto de análisis la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, con la finalidad de dictaminar si la misma cumple con las expectativas que ha generado en los defensores de la democracia deliberativa y participativa, para quienes la idea de transparencia y *Open Government* son presupuestos de un óptimo régimen político.

1 INTEGRACIÓN Y DOMINACIÓN EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA

La afirmación del anciano PLATÓN (1979, p. 139) recogida en su libro IV de *Las Leyes* compendia lo que actualmente se conoce bajo la denominación imperio de la ley, con las siguientes palabras: “Allí donde la ley reina sobre los gobernantes y donde los gobernantes se hacen a sí mismo esclavos de la ley, veo nacer allí la salvación y, con ella, todos los bienes que los dioses otorgan a las ciudades”. Ahora bien, en el pensamiento clásico la ley – instrumento principal de la acción política – se convierte en la causa directa del bien y el mal de las ciudades y regímenes. Buenas leyes conseguirán edificar una ciudad justa, estable y pacífica donde los ciudadanos podrán desarrollar sus virtudes y conducirse a la sabiduría. No obstante, la legislación interesada y perniciosa – que sólo se da para el provecho de unos pocos – es causa de la perdición de las ciudades y sus gentes.

PLATÓN (1979, p. 1343), más allá de sus muchas aportaciones en la filosofía política, introduce una prudente reflexión sobre la necesidad

de motivar las razones que dan lugar a la ley, dirigida a convencer a los ciudadanos acerca de su utilidad y conveniencia a la que llama “preludio a la ley”, que bien podría considerarse como el precedente clásico de la Exposición de Motivos y que revela cierta preocupación del filósofo por la necesaria transparencia del Legislador. PLATÓN (1979, p. 1337) llegó a considerar que la legislación es asunto más propio de genios que de hombres, pues con tal poder son proclives a la injusticia y la insolencia Sólo aquel que templadamente conserva su atención en la justicia y el cuidado de la comunidad es propiamente quien debe ser legislador, porque de su elevada sabiduría surgirán las reglas que atemperen la vida de los ciudadanos y los conduzca a la virtud.

En igual sentido se expresa ARISTÓTELES (1982, p. 882) cuando individualiza las tres cualidades que han de poseer aquellos que desempeñen las supremas magistraturas: lealtad a las leyes, capacidad para cumplir con su responsabilidad y – la más importante – la virtud de la justicia. Aunque como advierte el propio Estagirita (ARISTÓTELES, 1982, p. 884): “aún las leyes más valiosas carecen de toda utilidad, incluso una vez ratificadas por el juicio unánime del cuerpo total de los ciudadanos, si estos no son formados y educados en la constitución”. Aquí Aristóteles vuelve a recoger una idea ya apuntada por PLATÓN (1979, p. 1394) en *las Leyes*, lo que significa que para el buen gobierno de la comunidad no sólo es necesario un recto y justo legislador, sino igualmente un pueblo educado en la virtud y el respeto a las leyes de la comunidad.

El marcado sentido educador o disciplinario de las leyes también aparece referido en la obra de Tomás DE AQUINO (1993, p. 741). En Tomás la existencia de la comunidad nace de la misma naturaleza humana – social, racional y libre –, pero, además, esta naturaleza racional exige la existencia de la autoridad. Pues, de este modo, se dirige el hombre hacia el Bien de la comunidad y hacia su virtud. Con más precisión, afirma el Aquinate (DE AQUINO, 1995, p. 7):

Luego si la naturaleza del hombre exige que viva en una sociedad plural, es preciso que haya en los hombres algo por lo que se rija la mayoría. Pues, al existir muchos hombres y preocuparse cada uno de aquello que le beneficia, la multitud se dispersaría en diversos núcleos a no ser que hubiese alguien en ella que cuidase del bien de la sociedad, como el cuerpo del hombre o de cualquier animal se desvanecería si no hubiese alguna fuerza común que lo dirigiera a buscar el bien común de todos sus miembros.

En consecuencia, la razón de ser de la autoridad es ser fuerza común que dirija u oriente hacia el fin de todos sus miembros – el Bien común –. Es lógico, entonces, que Tomás (DE AQUINO, 2000, p. 706) observe la “autoridad” como causa eficiente de la ley, pues, la ley es un precepto en orden al fin – bien común – y sólo puede ser promulgada por quien tiene la función pública de buscar ese fin. Más aún, la ley es una “disposición de la razón” en la medida que se oriente hacia la “prosecución del bien” que le es propio, porque la acción de impulsar a un fin correcto imponiendo el medio conducente es propio de la razón (DE AQUINO, 2000, p. 704). La misión de la ley, de acuerdo con Tomás (DE AQUINO, 2000, p. 740) es hacer a los hombres buenos, pues, aunque éstos se hallan naturalmente inclinados a la virtud, la perfección de esta virtud no se puede alcanzar sino merced a la disciplina. Precisa el Doctor Común (DE AQUINO, 2000, p. 741): “Ahora bien, esta disciplina que obliga mediante el temor a la pena, es la disciplina de la ley. Luego era necesario para la paz y la virtud de los hombres que se instituyeran las leyes”.

Creo suficiente esta aproximación para demostrar que en el pensamiento clásico la idea de buen gobierno va íntimamente unida a la idea de buenas leyes que conduzcan e instruyan a los ciudadanos en la virtud y la justicia. Más gráficamente, semejante idea puede aparecer retratada en los frescos del Palacio Comunal de Siena atribuidos a Ambrogio Lorenzetti quien ofrece en su *Alegoría del Buen Gobierno* (s. XIV) el cuadro de un pueblo armónicamente ordenado y en pacífica convivencia como resultado del buen hacer político presidido por la justicia, frente a su *Alegoría del Mal Gobierno* que presenta a un pueblo triste, oscurecido por el engaño, la hambruna reinando y presidido por el diablo en su centro.

Como se ha observado, la perspectiva del pensamiento clásico ofrece una primera categorización de la idea de buen gobierno, donde quizás el rasgo más sobresaliente sea una primera configuración del llamado imperio de la ley y la labor educativa de las leyes dictadas por el soberano. Sin embargo, no es menos cierto que se trata de una visión paternalista del quehacer político, pues intenta aglutinar en el legislador el conjunto de las virtudes políticas de las que carecen los ciudadanos, los cuales deben ser guiados por la noble acción de aquél.

Durante el Renacimiento y en los albores de la modernidad el pensamiento político clásico sufrió una importante transformación ética y estratégica, surgiendo lo que hoy se denomina razón de Estado (MEINECKE, 1959, p. 19). La acción política, así entendida, persigue estrictamente un

objetivo de dominación social y el conjunto de instrumentos de los que se sirve responden a la necesidad de someter las inestables voluntades de los individuos al primado de la persona o grupo social dominante. Obviamente, los presupuestos antropológicos de partida son absolutamente diversos al modelo del realismo clásico y la política queda huérfana de toda vocación ética, limitándose a constatar fácticamente el ejercicio del poder sobre el conjunto social. La racional inclinación a la vida en comunidad es sustituida por una original situación de convivencia caótica famélica de orden, que exige someter a los individuos a un poder político común que institucionalice esta dominación y resuelva definitivamente la conflictividad de la vida social. El Derecho positivo es la herramienta que encuentra el poder para conseguir dominar y someter el caos inherente a la coexistencia humana (VILLEY, 2002, p. 55-58).

Aunque el fundamento de la política siga siendo garantizar la seguridad de la coexistencia en la comunidad social. No obstante, la noción clásica y renacentista difieren profundamente en un sentido filosófico: porque la visión clásica coordina la dimensión social del hombre con su dimensión política, mientras que la visión moderna olvida o prescinde de esta dimensión social, ocupándose tan sólo de la dimensión política. Las razones de esta preterición deliberada de la dimensión social responden a la victoria del modelo empírico de la política, cuyo origen es la filosofía nominalista. Triunfo que sólo fue posible, primero, desvinculando la política de la moral (Maquiavelo) y, posteriormente, negando la naturaleza social del hombre (Hobbes). Este giro lo ilustra sintéticamente VERDROSS (1983, p. 163): “Maquiavelo, partiendo de esta concepción de libres valores, independientes de la moral, aceptará como legítimos todos los medios y procedimientos que pudieran servir para la conservación y fortalecimiento del Estado”. La negación de la sociabilidad es explicada inmediatamente (VERDROSS, 1983, p. 179): “Hobbes llegó a esta peculiarísima idea mediante la negación de la doctrina tradicional que veía en el hombre un ser eminentemente social: la persona humana se transformó en un ente a-social”. Surge así la institución del Estado, guardián de la seguridad, cuya voluntad es ley que se impone a los individuos egoístas y desconfiados.

La idea de buen gobierno en la modernidad es difícil de compendiar en unas breves líneas, ya que se trata de un periodo muy prolífico en autores, teorías, obras, documentos históricos, debates, refutaciones, proyectos de codificación, pugnas entre Estados y movimientos sociales y políticos de diversa índole; por todo ello una reflexión genérica del siglo de las Luces

adolecerá siempre de ausencias notables, poco rigor científico y obliga a seguir el camino de los tópicos ya consolidados.

“Libertad, igualdad y fraternidad” son los principios sobre los que se quiso liberar al pueblo de las cadenas del *Ancien Régime* y acabar con el oscurantismo político de la vieja sociedad estamental. Una nueva capa social tomó conciencia de clase, esto es la burguesía, con la vocación de subvertir las rancias estructuras gremiales o corporativas que durante siglos imperaron en Europa. Este proceso fue muy desigual en cada región de Europa, aunque se suele utilizar el caso francés como paradigma de la época. Ahora bien, en esto sí se aprecia cierta uniformidad, se superaron por completo las antiguas categorías políticas, jurídicas y religiosas sobre las que se edificaba el Antiguo Régimen.

El proceso de laicización del poder había comenzado antes. Históricamente la paz de Westfalia (1648) marca el comienzo de la era de los Estado soberanos, la idea jerárquica de un escalonamiento de poderes sobre el modelo de una pirámide de dos cabezas (emperador y Papa) cede el lugar al de una pluralidad de Estados que no reconocen superior y son esencialmente iguales de derecho (TRUYOL, 1977, p. 30).

Las ideas escolásticas acerca del origen del poder (*pactum associationis* y *pactum subjectionis*) son sustituidas por la moderna doctrina del contrato social, el poder no tiene su origen en la común naturaleza del hombre (su apetito social y su necesidad de autoridad) sino en la debilidad humana y el instinto de auto-conservación (Hobbes). El filósofo inglés desarrolla su teoría del *Leviathan* para consagrar al Estado como garante de la seguridad de sus ciudadanos, que toma para sí todo el poder necesario para ordenar la convivencia de sus sometidos (MEINECKE, 1959, pp. 216-217). Rousseau tan sólo tuvo que ocultar al *Leviathan* bajo el manto del *Demos*, para que aquel monstruo se transfigurase en la Asamblea Nacional y sus órdenes asumidas como voluntad general, siempre justa, siempre ciudadanos libres (VALLET, 1994, p. 586).

Se produjo igualmente una ruptura de la concepción tradicional acerca del Derecho. En la época anterior se tenía el convencimiento de que el Derecho se genera anónimamente y de forma silenciosa en la sociedad, generación a generación, mediante la consolidación de usos y prácticas en las relaciones vitales. Un Derecho de naturaleza esencialmente consuetudinaria que el intérprete descubre en la vida social del pueblo. En cambio, para la modernidad, Derecho y ley se identifican, el Legislador se

convierte en el director de las relaciones vitales y comerciales del pueblo, pues, mediante sus leyes está llamado a corregir todas las desigualdades e injusticias de la oscura sociedad medieval (ZAPATERO, 2004, pp. 19-23). Así, es posible leer en *Le Moniteur* del año II de la Revolución (periódico francés de la época revolucionaria): “Corresponde a los fundadores de la República la realización del sueño de los filósofos de hacer leyes simples y democráticas e inteligibles a todos ciudadanos” (VALLET, 1994, p. 707).

La ley se convierte en la herramienta principal del cambio social, es decir de la realización de los ideales revolucionarios. Se tenía el convencimiento de que cualquier problema social se podía resolver mediante buenas leyes, claras, sencillas, dictadas por la razón o la utilidad pública. Es frecuente encontrar obras de los diferentes filósofos modernos dedicadas a proyectos de legislación, en realidad son éstos quienes perfilan el contenido de los proyectos que serán votados en la Asamblea. El Legislador aparece como una figura heroica, carente de las pasiones humanas que corrompen nuestra razón y capaz de corregir la enemistad humana por medio de la palabra escrita en la ley (ZAPATERO, 2004, pp. 50-54).

Ahora bien, se trataba del sueño extático de la razón mecanicista, que convirtió la realidad social en el laboratorio de su ínfula voluntad geométrica. Sueño diurno y luminoso y, como todo sueño, hasta que se despierta no se comprende su irrealidad. La imagen de *El Sueño de Endimión* (1793) dibujada por el pincel de Girodet y exhibida en el Museo del Louvre en París puede ilustrar perfectamente la crítica antes apuntada: Endimión yace en éxtasis como una silueta andrógina, a quien sólo un vago rayo de luz le revela varón, recostado en la frondosidad del bosque mientras Cupido parece bailar burlonamente alrededor suya sin perturbar su descanso.

Sin embargo, es en este contexto de profundos cambios sociales y políticos, donde emerge por primera vez una incipiente idea de transparencia como condición necesaria del buen gobierno. Así, es posible encontrar una primitiva conceptualización de la idea de transparencia en la exigencia de explicar adecuadamente los motivos del dictado de la ley, esto es, la Exposición de Motivos como condición necesaria del nacimiento de una nueva norma legal. De este modo el Legislador tiene la obligación de concretar el interés social que se persigue con la nueva ley, cuáles son sus objetivos y las causas de su proclamación. Dicho de otro modo, el Legislador no sólo debe promulgar leyes claras y sencillas que el pueblo comprenda, sino que además debe procurar que el pueblo comprenda los motivos de la legislación (ZAPATERO, 2004, p. 45). Si bien es tan sólo una

obligación unidireccional, que excluye la posibilidad de que el pueblo oponga argumentos en contrario y con el tiempo acabó convirtiéndose en un requisito de forma.

2 ROUSSEAU Y EL MITO DE LA TRANSPARENCIA

Jean Jacques ROUSSEAU (1712-1778) es el primer autor en establecer la transparencia como piedra angular sobre la que debe levantarse la vida social, si bien, se trata de una noción de transparencia de contenido naturalista o antropológico, más que propiamente política. Sus reflexiones acerca de la idea de transparencia aparecen dispersas en muchos de sus escritos: *Confesiones*, *Primeros Discursos*, *El Sueño de Eloyse*, *Emilio o la educación*, *correspondencia y cartas de amistad*, etc. (ROUSSEAU, 2011) No obstante, se pueden señalar las líneas básicas que definen la posición del ginebrino acerca de su noción de transparencia.

Cualquier lector que se acerque a la obra de ROUSSEAU (1998, pp. 97-100) sabrá deducir en él la existencia de dos etapas de la historia humana bien diferenciadas: de un lado, se encuentra un estado de armonía y belleza salvaje que se corresponde con la prístina e inocente vida de los primeros pobladores – anterior a la vida en sociedad – donde no existe propiamente conflictos, allí reina la transparencia o la comunicación de almas porque cada individuo no es sino el reflejo de sus semejantes, la paz y la concordia son consustanciales al género humano que vive en íntimo contacto con la naturaleza; de otro lado, surge la vida en sociedad y con ella la suspicacia, la envidia, el egoísmo y la desigualdad, aquel bello salvaje se oculta en los ropajes y vergüenzas del hombre civilizado, quien repudia su mismidad inocente y pura por la gala de antifaces y máscaras que es la vida en sociedad, la transparencia desaparece para el hombre y el velo del oscurantismo, del engaño o de la ficción se impone sobre la realidad (ROUSSEAU, 1998, pp. 112-118).

Ahora bien, como sea, el recuerdo de ese estado de íntima comunicación de almas y naturaleza aún pervive en el hombre, luego no es imposible retornar a la verdad y a la libertad que llenaban el corazón del hombre (STAROBINSKI, 1983, p. 21). Pero, para ello, es necesario que el hombre rechace la sociedad de las máscaras y el engaño para abrazar una nueva sociedad transparente y lúcida. Se trata de un doble descubrimiento: primero, el descubrimiento del error y, segundo, el descubrimiento del “ser” que habita en nosotros con vocación de retorno originario (STAROBINSKI,

1983, pp. 93-95). El primer descubrimiento es esencialmente de naturaleza crítica, porque niega y rechaza cuanto de falsedad e injusticia pertenece a la vida en sociedad; en otras palabras, se despoja a la realidad del velo con el que nos hemos estado engañando. El segundo descubrimiento es una mimesis liberadora, el hombre descubre la esencialidad de su “ser” y se identifica en la esencialidad de sus semejantes, recupera la naturaleza pérdida de aquella transparencia salvaje y, caído el velo, la luz penetra todo el ser, como una consciencia que vivifica el alma y desnuda a unos y a otros en eterna unión. Esta idea es expresada acertadamente por STAROBINSKI (1983, p. 108):

La alienación total por la que los seres se ofrecen y se hacen mutuamente visibles las devuelve finalmente el derecho de existir como personas autónomas y libres; a partir de entonces, no sufren ni soledad, ni servidumbre; su existencia personal está justificada y sostenida por el reconocimiento de los otros, fundada en una benevolencia unánime. Unos y otros viven bajo la mirada común; constituyen un cuerpo social.

Como observamos la transparencia en Rousseau (STAROBINSKI, 1983, p. 108) es más una condición antropológica que una categoría política, se trata de un desiderátum de la ética que ofrece como modo de vivir en sociedad. Aunque, como bien explica STAROBINSKI (1983, pp. 108-109), al igual que las voluntades particulares se funden en la voluntad general, las conciencias éticas particulares renuncian a sus máscaras y engaños para fundirse en una comunión transparente de almas con una misma consciencia ética.

La tesis de Rousseau (2018, p. 689) acerca de la transparencia no deja de ser una ensoñación luminosa sobre la humanidad, que el ginebrino desearía, una humanidad levantada sobre la hipótesis de la confusión de almas; esto es, la identidad entre individuo y sociedad. Su conceptualización no difiere mucho del mito por su carácter fantástico; claro está, si no fuese por el tinte profético que el autor imprime a sus textos llamando a una forma de vida en sociedad por realizar. En todo caso, aceptando su tesis, debe cuestionarse: ¿qué clase de sociedad concentra todas las voluntades concretas y todas las conciencias éticas, asumiendo para sí el monopolio de la acción y el espíritu? La respuesta no puede ser otra que el Estado total teorizado siglos más tarde por Schmitt (1991) y Gentile (1934). Aunque, es seguro, que Rousseau no pudo imaginar semejante tipo de organización del poder; no obstante, con la teorización de la voluntad general y la transparente comunicación de almas comenzó a allanar el camino.

Conviene, a este propósito, recordar las palabras de SCHMITT (1991, p. 90): “Como concepto opuesto a esas neutralizaciones y despolitizaciones de importantes dominios de la realidad surge un Estado total basado en la identidad de Estado y sociedad, que no se desinteresa de ningún dominio de lo real y está dispuesto en potencia a abarcarlo a todos”.

Hoy es una posición unánime que las diferencias y el disenso son garantía de libertad.

3 EL PANÓPTICO DE JEREMÍAS BENTHAM

BENTHAM (1748-1832), filósofo británico conocido como el padre del utilitarismo inglés, tuvo una decisiva influencia en la Europa del siglo XIX, especialmente, en el debate acerca de la humanidad de los centros de reclusión, que eran en mayor medida escuelas de vicios y criminalidad que centros de reforma. En 1791 el genio inglés envió un escrito a la Asamblea Legislativa francesa en el que se incluía su proyecto para la reforma de los centros de reclusión, se trataba de un proyecto arquitectónico que facilitase el control y vigilancia de los reclusos y funcionarios. BENTHAM (1979, p. 37) llamó a este proyecto el panóptico para resaltar su utilidad esencial, que es la facultad de ver con una sola mirada todo cuanto se hace en la prisión.

El panóptico es un diseño arquitectónico pensado inicialmente para las prisiones, pero que el propio BENTHAM considera extensible a otro tipo de instituciones como hospitales, fábricas, escuelas, cuarteles y en general cualquier centro de internamiento en el que muchos deban estar bajo la inspección de pocos. Es un diseño circular compuesto de dos edificios concéntricos, el edificio del centro es una gran torre presidiendo la circunferencia. Utilizando las palabras de BENTHAM (1979, p. 80):

La torre es la habitación de los inspectores; pero la torre no está dividida más que en tres altos, porque están dispuestos de modo que cada uno domina de lleno sobre dos líneas de celdillas. La torre de inspección está también rodeada de una galería cubierta con una celosía transparente que permite al inspector registrar todas las celdillas sin que le vean, de modo que con una mirada ve la tercera parte de sus presos, y moviéndose en un pequeño espacio puede verlos a todos en un minuto, pero aunque esté ausente, la opinión de su presencia es tan eficaz como su presencia misma.

El panóptico representa para BENTHAM (1979, p. 35) la suprema realización del ideal de inspección, pues permite observar todo lo que

ocurre en el centro y genera en los reclusos la sensación de estar permanente observados, aunque no lo sean en todo momento, lo que convierte al inspector en una presencia universal. Cree BENTHAM (1979, p. 37) que los reclusos al estar permanentemente a la vista del inspector perderán la posibilidad de hacer el mal e incluso de intentarlo.

Gracias a este diseño no serán necesarias cadenas que limiten los movimientos de los internos, ni celdas sin ventanas, ni bolas de acero, como tampoco serán posibles las fugas de los reclusos. La limitación de los movimientos de los presos no se realizará mediante instrumentos corporales, sino esencialmente en la consciencia del sujeto, que ante la permanente posibilidad de ser observado desistirá de cualquier iniciativa de hacer el mal o idear su fuga.

Sin embargo, el panóptico no está pensando únicamente para vigilar el comportamiento de los presos, además está ideado para mirar por su beneficio y las condiciones de su reclusión. Pues, gracias a la permanente mirada inspectora podrá comprobarse si los reclusos son maltratados o vilipendiados por los guardias o por otros presos. De modo que todo lo que ocurre dentro del centro puede ser fiscalizado inmediatamente por la mirada del inspector. Jeremías BENTHAM (1979, p. 39) concibe incluso la posibilidad de establecer visitas al centro para que todo el pueblo pueda observar cuál es el funcionamiento y condiciones de la prisión. El filósofo inglés ensalza la bondad inherente al principio de edificación panóptica, sus palabras merecen especial atención (BENTHAM, 1979, p. 53): “una cárcel edificada con arreglo al principio panóptico, es como transparente, y llena el deseo de aquel virtuoso romano que hubiera querido vivir en lo interior de su familia a la vista del mundo. El panóptico es un espectáculo patente a todo el mundo, y basta con una sola mirada para verlo todo entero”

Siguiendo las reflexiones de FOUCAULT (1979, pp. 18-20), el panóptico representa una nueva arquitectura del poder que responde perfectamente a los intereses de la burguesía, en virtud de este diseño se concibe el poder como una gran máquina sin dueño que actúa sobre todos, tanto sobre los que ejercen el poder como aquéllos sobre los cuales se ejerce. En el panóptico cada uno según su puesto está vigilado por todos los demás, ofreciéndose un clima de desconfianza total o una suma de insidias como instrumento de vigilancia. Ahora bien, según FOUCAULT (1979, p. 23) el panóptico se levanta sobre la falsa creencia de que las gentes se harían virtuosas por el simple hecho de ser observadas.

4 INTERNET COMO DISEÑO PANÓPTICO

FOUCAULT (2017, pp. 91-119) tiene razón al afirmar que todo sistema de poder tiene su reflejo en una determinada arquitectura y quizá sea el panóptico la plasmación del poder de la sociedad de clases del siglo XIX, no en vano las luchas sociales se libraron en el mismo seno de las fábricas panópticas. En este sentido, el éxtasis capitalista del siglo XXI en tanto sistema de poder ha encontrado un nuevo diseño arquitectónico aún más eficiente que las grandes construcciones panópticas y permite alcanzar un mayor grado de inspección, de control y vigilancia. No se trata de una arquitectura física tal y como BENTHAM la ideó, pero realiza aún mejor su objetivo. La red de redes (Internet) se revela, a mi parecer, como la nueva arquitectura del poder que permite la penetración de la mirada inspectora en la intimidad de todos y cada uno de los hogares de los ciudadanos, consiguiendo información de todo tipo acerca de nuestra persona: trabajo, familia, alimentación, ideología, religión, ética, gustos, preferencias, viajes, etc. Esta información que circula cada fracción de segundo a través del nuevo espacio que es Internet es utilizada como objeto de mercadería para el diseño de las campañas de marketing de grandes marcas comerciales y así diseñar una publicidad personalizada en función de regiones, diversos grupos de pertenencia, facciones étnicas, tribus urbanas; o, llegado al extremo, incluso individualizada para cada sujeto particular de acuerdo a la información que su rastreo ofrece. Siendo así, la capacidad invasiva de las diversas estrategias comerciales, gracias a Internet, es ilimitada y la capacidad de resistencia del ciudadano (consumidor) muy limitada.

No se debe pecar de ingenuidad y pensar que la mirada inspectora es utilizada únicamente con fines comerciales, pues, en el actual sistema de poder las posibilidades de dominación que ofrece Internet son también ilimitadas. El panóptico ha sido redefinido (panóptico 2.0): la extensión de la mirada es mucho mayor que la de aquel viejo edificio carcelario, porque permite vigilar a colectivos sociales ingentes; la celosía bajo la que se guardaba el vigilante es aún más difusa y oscura para el recluso, ya que, a diferencia del preso de BENTHAM, el internauta no se siente observado y esto posibilita al inspector trazar perfiles mucho más definidos.

La máquina de la que teorizaba FOUCAULT (2017, p. 123) ha sido mejorada y su radio de acción se ha extendido prácticamente a la totalidad planetaria. Hoy es un hecho conocido el que gracias a Internet se hayan vendido informaciones de censos electorales completos, o, se hayan

proyectado campañas electorales en las redes sociales, que han llegado a infinidad de posibles votantes con mucha mayor eficacia que el clásico mitin.

Los partidos políticos contratan sus propios *community managers* para acercar su ideario a las masas que pueblan las redes sociales, incluso las instituciones políticas se jactan de poseer perfiles propios. Resulta extremadamente difícil delimitar las posibilidades de acción política a las que Internet, como arquitectura del poder, puede dar lugar. No se trata de imaginar un futuro sombrío de ciencia ficción como la novela de Orwell *1984*; pero está claro que Internet se configura como el nuevo espacio de la opinión pública y no debe caerse en el error de pensar que la opinión pública será justa por naturaleza, se extenderá por sí misma y será esencialmente democrática. El sueño de las luces fue desvelado hace siglos, la realidad de nuestro tiempo bien puede ser la de una opinión pública técnicamente dirigida como instrumento de control de masas. Y, por obra de la red, nuestros hogares ya han sido convertidos en hogares moleculares del poder.

No obstante, al igual que las grandes construcciones panópticas de otras épocas representaban el sistema de poder burgués, no debemos olvidar que fue en ellas donde se originaron los movimientos de resistencia, se configuró el contrapoder y adquirieron conciencia de clase los trabajadores, lo que supuso profundas transformaciones políticas y sociales. Por esta razón es lógico imaginar que será también Internet el espacio en el que emerja un nuevo contrapoder llamado a transformar el sistema de poder conocido. Ya parecen tomar forma estos movimientos de resistencia y conceptos como democracia participativa, buen gobierno y transparencia son el ideario con el que se puede invertir la mirada focalizada del panóptico y por primera vez devolver la mirada al vigilante. Veamos ahora, con detenimiento, la realización de estas nuevas exigencias democráticas y, particularmente, cómo gracias a Internet ha encontrado su desarrollo normativo la idea de transparencia de los poderes públicos.

5 EL CASO ESPAÑOL. LA LEY 19/2013 DE 9 DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Tras una dilatada espera, promesas electorales incumplidas y observando cómo los diferentes países europeos adelantaron a España en la regulación de esta materia, finalmente llegó el 9 de diciembre del año 2013 la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Han transcurrido siete años desde que la esperada ley

fue aprobada en Consejo de Ministros y el alcance de la misma es muy cuestionable, porque apenas se han abordado las reformas que dicha ley exige.

De forma previa al estudio de la regulación de la transparencia en España, debe señalarse que no se entiende fácilmente la introducción en el Título II de la regulación sobre buen gobierno, pues parece que el objetivo de la presente ley es velar por la transparencia de la Administración y su obligación de facilitar el acceso a la información pública, de modo que la introducción del segundo título dedicado al buen gobierno parece un poco extravagante. La razón de su inserción puede responder a criterios de oportunidad política, dada la situación de desconfianza y descrédito de los representantes públicos. Así mismo, tampoco se alcanza a entender la novedad de dicha regulación pues prácticamente traslada los deberes que de forma general establece el EBEP (arts. 53 y 54 del Estatuto Básico del Empleado Público) a los altos cargos de la Administración General del Estado y, siendo así, habría sido más coherente introducir estos deberes en la futura ley que se ocupará de la regulación de los altos cargos (GUICHOT, 2014, pp. 27-29).

Hubiera sido preferible que la instauración del sistema de control de la transparencia pública hubiera acompañado a la regulación del Buen Gobierno y no a la inversa; pues uno de los rasgos esenciales del Buen Gobierno es el *open Government* o gobierno abierto. Así puede encontrarse este principio entre los señalados por la doctrina los principios esenciales de la idea de Buen gobierno (CANALES; ROMERO, 2017, p. 114):

el Buen Gobierno, entre otros principios y valores implica sustancialmente lo siguiente: a) transparencia y apertura (Open Government); b) receptividad; c) integridad ética; d) vías de participación internas para sus empleados, y de la ciudadanía en el exterior; e) rendimiento de cuentas, y exigencia de responsabilidades; f) eficacia, eficiencia y economía; g) accesibilidad física y documental a sus instituciones; h) legalidad y calidad de las leyes aprobadas; i) respeto y garantía de los derechos humanos; j) resultados de la gestión; k) emprendimiento y l) ecología.

Es decir, si bien la transparencia es un concepto clave de la idea de buen gobierno, este no debe tratarse por obra del legislador como un título genérico de una ley sobre transparencia pública, porque la idea de buen gobierno es de mayor complejidad y extensión. Merece por su propia naturaleza una mayor y más profunda consideración al exigir reformas de

mayor calado en numerosas disposiciones normativas, como – por ejemplo – la reforma de la ley electoral vigente, entre otras muchas.

Pareciera como si el buen gobierno fuese concebido por el Legislador simplemente como la conversión jurídica de los altos cargos en empleados públicos³, ciertamente, algo necesario pero insuficiente, la noción de buen gobierno exige profundas reformas que persigan la consolidación de una auténtica y sólida democracia. Por si fuera poca esta problemática, habría que considerar también la incidencia que las nuevas técnicas de control y manipulación de datos (*Big Data*), así como el destino que los datos almacenados (*Data Warehouse*) pueden tener para el desarrollo y extensión del llamado gobierno abierto. Por ejemplo, si los datos recabados por las administraciones públicas pueden ser reubicados en estos almacenes de datos y hasta qué punto el ciudadano tendrá conocimiento de este hecho (DAVARA, 2014, p. 5).

Centrando la atención en la cuestión nuclear de la Ley 19/2013, es decir, la regulación de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, lo primero que debe precisarse es si este derecho se trata de un derecho de carácter fundamental. El artículo 12 de la LTBG lo encaja en el genérico artículo 105. b) de la Constitución y en el Preámbulo de la LTBG ya se recuerda el desarrollo que dicho artículo constitucional encuentra en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente, en su artículo 37 que reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos.

En consecuencia, no debe considerarse el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental; sino como un derecho administrativo que el administrado podrá hacer valer frente a la administración, pero sujeto – como regla general – al ordenamiento jurídico administrativo (GUICHOT, 2014, p. 12). Dicho de otro modo, el derecho de acceso que la presente Ley reconoce no gozará de especial protección constitucional por medio del recurso de amparo, sino que su garantía y defensa corresponderá a los órganos jurisdiccionales contenciosos

3 Citando el Preámbulo de la Ley 19/2013: “En lo que respecta a buen gobierno, la Ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta”.

administrativos. Ahora bien, es necesario señalar la paradoja de que algunos de los sujetos obligados por la presente Ley escapan de la órbita del Derecho Administrativo.

Doctrinalmente se trata de un grave error, pues existen argumentos constitucionales de peso para reconocerle naturaleza fundamental. Como bien expresa el profesor GARCÍA RUIZ (2013, p. 20):

el acceso a la información pública es requisito previo para el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE), para facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica, política, social y cultural (art. 9.2 CE), para la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), para asegurar la igualdad ante la administración (art. 14 CE), para la libertad de empresa y el funcionamiento transparente de la economía de mercado (art. 38 CE), para conseguir el funcionamiento democrático de partidos, sindicatos, organizaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE) y colegios y organizaciones profesionales (arts. 36 y 52 CE)... Todo ello con el telón de fondo de los valores de justicia e igualdad que conforman, junto a la libertad y el pluralismo, el Estado social y democrático de Derecho.

Habría que añadir que en la última década, a nivel mundial, se ha alcanzado un consenso jurídico acerca de la naturaleza *iusfundamental* del derecho de acceso a la información pública. En el ámbito europeo el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha concebido el derecho de acceso a la información pública como una extensión del derecho a la libertad de información, de igual manera en el ámbito americano y en Naciones Unidas. Siendo así, los derechos fundamentales requieren una interpretación histórica, evolutiva y contextual y teniendo como soporte el artículo 10. 2 CE “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, no parece que haya motivo suficiente para no considerar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental (GUICHOT, 2014, p. 12).

Es más, la jurisprudencia ordinaria viene reconociendo el carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública y, así, lo destaca el pronunciamiento de la sentencia nº46/2017 de 22 de junio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Madrid⁴:

4 España. Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Madrid, sentencia 22 junio 2017, nº 46/2017. Resolución de Reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ayuntamiento Madrid/ Disponible em:

El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía. Pueden distinguirse dos aspectos en cuanto al derecho al acceso a la información: Transparencia proactiva, como aquella obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer la información sobre sus actividades, presupuestos y políticas y la Transparencia reactiva: Es el derecho de los ciudadanos de solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información de y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria. Las diferentes y numerosas menciones a este derecho coinciden en resaltar la creciente importancia que está cobrando, ya que el mismo supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción así como contrarrestar la violación de derechos. De estos preceptos se desprende que el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia.

No obstante, La consideración ius-fundamental del derecho de acceso a la información pública no está del todo aceptada en la doctrina jurisprudencial y, por ejemplo, el Tribunal Supremo español lo viene considerando como “derecho público subjetivo⁵”; pero, también, se admite que dada su amplitud garantista exige una interpretación restrictiva de sus posibles limitaciones.

Llega el momento de escudriñar el contenido de la LTBG 19/2013 y a primera vista ya debe señalarse que una ley que tiene como objeto propio la transparencia, debe procurar ser en sí misma transparente, es decir, clara y sencilla de comprender. No es el caso de la presente Ley, cuyo contenido es calificado por ATIENZA (2013, p. 22) como “notablemente opaco en cuestiones que no son precisamente insignificantes”. Abundando

https://transparencia.madrid.es/FWProjects/transparencia/AcercaTransparencia/TransparenciaAIDia/Ficheros/CTBG_RT03032017.pdf / Acceso en: 05/12/2020

5 España, Tribunal Supremo, STS 16 octubre 2017, nº 1547/2017, nº Rec. 75/2017. El Tribunal Supremo rechaza un recurso de RTVE para no informar de los gastos en Eurovisión por perjuicio comercial. Una sentencia obligó a la Corporación a proporcionar a un ciudadano información sobre todos los gastos derivados de la participación de España en el concurso. *Tirant On Line*, TOL6382.120.

en la opacidad cabe resaltar que los límites establecidos en la LTBG sobre el derecho de acceso a la información pública adolecen de falta de concreción y se enumeran de forma genérica en el art. 14, a saber: a) la seguridad nacional; b) la defensa; c) las relaciones exteriores; d) la seguridad pública; e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) los intereses económicos y comerciales; i) la política económica y monetaria; j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; y l) la protección del medio ambiente. A mi parecer, el carácter genérico y extremadamente amplio de estos límites, de no ser interpretados restrictivamente, amenazan con dejar sin sentido el derecho de acceso a la información pública y con ello a la propia LTBG.

Nuestra LTBG padece además síntomas de incoherencia, la ley establece como límite al derecho de acceso a la información pública los datos especialmente protegidos (art. 15) apelando a la superioridad del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Pienso que si la protección de datos de carácter personal tiene naturaleza fundamental siempre debe prevalecer sobre el derecho administrativo de acceso a la información. Ahora bien, si esto es así, no creo necesario establecer un sistema de ponderación en caso de conflicto entre ambos derechos, tal y como viene establecido en el artículo 15.3 de la LTBG. ¿Cuál es el sentido de dicha ponderación? ¿No será que al Legislador le ha traicionado su conciencia y le ha dado trato fundamental al derecho de acceso a la información pública?

La información pública puede obtenerse, de acuerdo con la LTBG, conforme a dos vías: de *motu proprio* por la administración y mediante la previa solicitud de parte. En el primer caso, se está en presencia de lo que la Ley define publicidad activa y, en el segundo caso, es lo que propiamente constituye el derecho de acceso de los particulares a la información pública o, también, publicidad pasiva. Es claro que la transparencia de la gestión pública es una garantía de la fortaleza democrática de la sociedad y que hoy gracias a las nuevas tecnologías de la información la Administración no tiene porqué esperar las solicitudes previas de los interesados para facilitar por sus propios medios la información pública relevante acerca de su control y funcionamiento (GUICHOT, 2014, p. 22).

El artículo 5 de la LTBG recoge genéricamente esta idea de publicidad activa que es la principal garantía de transparencia de la acción pública. En virtud de la publicidad activa la Administración y demás sujetos de la LTBG quedan obligados a proporcionar información de diversa índole: Información institucional, organizativa y de planificación (art. 6); información de relevancia jurídica como instrucciones, directrices, acuerdos, circulares, respuestas, Anteproyectos de Ley, proyectos de Decretos Legislativos, proyectos de Reglamentos, memorias e informes y otros documentos (art. 7); y diversa información económica, presupuestaria y estadística (art. 8). En todo caso, la información facilitada por la Administración y otras entidades no sólo deberá ser presentada a iniciativa propia, sino que además los sujetos obligados velarán por que la información se transmita de forma clara, sencilla, comprensible, proporcionando un medio sencillo de acceso a sus páginas webs o sedes electrónicas (art. 5.3).

La iniciativa particular queda formulada como derecho de acceso a la información pública, estableciéndose la posibilidad legal de que los particulares dirijan a la Administración las solicitudes de información que estimen oportuna, sin necesidad de acreditar interés legítimo – como ocurría en anteriores procedimientos administrativos – constituyendo así una vía de garantía y satisfacción de la transparencia en el sector público (arts. 12 y 13). El solicitante deberá acreditar su identidad (no se admiten solicitudes anónimas) el objeto de su consulta (no necesariamente los motivos de la misma) y una dirección de correo electrónico al efecto de recibir la información, que se dirigirá al responsable del órgano administrativo o de la entidad que posea la información (art. 17). Toda vez aceptada la solicitud se iniciará la tramitación de la misma a cargo de las unidades de información de los órganos administrativos o de las restantes entidades obligadas (art. 21), se iniciará una fase de alegaciones para salvaguardar los intereses de posibles terceros afectados por la información (art. 19) y deberá resolverse la solicitud en el plazo máximo de un mes (art. 20), transcurrido el cual la solicitud deberá entenderse desestimada por silencio negativo (art. 20.4). Obviamente, como regla general en cualquier procedimiento administrativo, las resoluciones que autoricen parcialmente o denieguen el acceso a la información deberán estar suficientemente motivadas, así como aquellas resoluciones que afecten a terceros (art. 20.2). Frente a ellas cabrá la interposición directamente de recurso contencioso-administrativo (art. 20.5), o bien, la interposición de un recurso potestativo ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) que tendrá tres meses para resolver y cuyo silencio debe entenderse también negativo (art. 24).

Ya desde sus comienzos, el órgano nuclear de este sistema jurídico de control de la transparencia y el acceso a la información pública, el denominado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno planteó dudas respecto a su autonomía funcional y la composición de sus miembros (SENDÍN, 2014, p. 1-25). No obstante, como la Ley 19/2013 carece de desarrollo reglamentario, ha sido el CTBG quien se ha encargado de interpretar de *facto* sus disposiciones y adaptarlas a las necesidades surgidas en estos siete años (ZAMBRANO, 2019, p. 27). Aunque, por supuesto, junto a esta interpretación práctica que ofrece el CTBG hay que considerar la doctrina jurisprudencial acumulada (FÉRNANDEZ & PÉREZ, 2017-2020) sobre los extremos más polémicos de la legislación (publicidad activa, límites del derecho de acceso a la información, derecho de reclamación y audiencias, etc.).

Sin embargo, quedan todavía muchos espacios llamados a un mayor desarrollo como, por ejemplo, la posibilidad de establecer un régimen sancionador que controle el cumplimiento de las obligaciones de facilitar el acceso a la información pública y la publicidad activa por parte de la Administración (CAMPOS, 2015, p. 2700). Parece como si las cuestiones atinentes a la fiscalización de la acción pública y las posibilidades sancionadoras hubieran quedado a expensas de la transposición autonómica de esta Ley, a falta de un desarrollo reglamentario por parte de la Administración del Estado (HERNÁNDEZ, 2016, p. 10). Ahora bien, pese a sus defectos y lagunas, supone un paso importantísimo para una mejor realización de la transparencia en el sector público y, más aún, es una Ley que sitúa a España en la misma línea que el resto de los países europeos.

CONCLUSIONES

1. La reflexión acerca de la idea de buen gobierno pertenece al ámbito de la Filosofía política. Así queda corroborado en la historia de la Filosofía y sólo necesitamos una lectura elemental de las obras de los diversos filósofos para comprobar que ha sido objeto de una reflexión meditada y prudente en todo ellos, con mayor o menor fortuna. Desgraciadamente, desde un simplismo inexplicable parece que la teorización acerca del buen gobierno surgiese en el ámbito de la ética empresarial. Desde esta perspectiva, buen gobierno es la versión española de la expresión inglesa "*corporate governance*", que es un movimiento nacido en países anglosajones (Inglaterra, Estados Unidos de América), pero que ha adquirido una dimensión mundial, superando las diferencias de sistemas jurídicos y Derechos nacionales. El objetivo de

ese movimiento es la reforma, esto es, el propósito de mejorar el gobierno de las sociedades, en interés de su eficiencia, transparencia y credibilidad (OLIVENCIA, 2008, p. 26). La visión economicista del Derecho ha pretendido extender el fenómeno de los códigos de buen gobierno empresarial al ámbito social y político con evidente menosprecio a la historia del pensamiento. No obstante, la economía puede y debe proporcionar pautas muy cualificadas en aras de orientar la acción política, pero ésta no queda absorbida por aquélla.

Cuando se presenta esta visión simplista del concepto de buen gobierno debemos entender que se hace con criterios de oportunidad política para paliar el descontento generalizado y la falta de credibilidad de los representantes públicos. De este modo, ofrecen a través de sus códigos de buen gobierno (códigos de conducta) un mínimo ético como panacea de los males que acechan a la gestión pública y como garantía del buen hacer político. Aún más, en el caso español, un simple traslado de los deberes del empleado público al estatuto de los altos cargos de la Administración. No es suficiente garantía del buen gobierno el establecimiento de unos deberes mínimos a respetar en la gestión pública, se debe exigir más a quien más puede. Los altos cargos de la Administración deben actuar con mayor ejemplaridad, rigor y prudencia que los funcionarios a su cargo y se le ha de atribuir un sistema de responsabilidad mucho más definido para evaluar los resultados de su gestión.

2. La idea de buen gobierno no admite una firme conceptualización del mismo. Es una idea que aglutina una diversidad de categorías y conceptos políticos. Si Aristóteles señalaba para el buen gobernante las virtudes de la lealtad, responsabilidad y justicia, debemos admitir que estas virtudes hoy implican la realización de toda una serie de principios de Derecho público y garantías democráticas, no siempre cumplidas. La lealtad bien entendida debe ser el compromiso firme y decidido de respetar la Constitución y las leyes (imperio de la ley). Ciertamente, la Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad, pero – en tanto que elemento integrador –, entre otras funciones, le compete propagar la virtud cívica fundada en los valores y principios superiores de la sociedad, que ella fija y manifiesta (MEDINA, 2019, p. 257). Por esta razón, la responsabilidad política no ha de entenderse limitada al respeto a las leyes, puesto que el gobernante debe ser responsable de los resultados de sus decisiones y sus efectos sobre el orden social, responsabilidad ésta última que no queda suficientemente dirimida en unas elecciones plebiscitarias cada cuatro años. Exige la articulación de un sistema que permita la participación libre

e informada de la sociedad civil en la vida pública, un sistema electoral que no satisfaga hegemonías regionales y un sistema de partidos políticos que no agote la vida pública y sea reflejo de la democracia que garantiza. La justicia impone además un equilibrado reparto de poderes, de modo que funcionen efectivamente como contrapeso unos de otros, y el respeto a las libertades públicas y derechos civiles, políticos y sociales.

3. La idea de buen gobierno exige, al menos en España, de una reconsideración del sistema de poder arbitrado en la Constitución y, también, una recapacitación de la ciudadanía como sujeto de la vida política. En efecto, el Estado de bienestar ha destruido la noción clásica de ciudadanía activa que participa y toma posición en las cuestiones principales de la vida pública. El fenómeno hoy es el hombre masa, una ciudadanía pasiva, que entrega su obediencia a cambio de la garantía y la prestación de los servicios elementales por parte del Estado.

Son numerosas las voces críticas que se alzan contra este modelo de ciudadano que levanta sus manos al dadivoso Estado social, más como señal de súplica que como protesta. Para que este modelo pasivo de ciudadano sea transformado en un ciudadano activo es necesario que se le re-capacite en la vida pública, es decir, recupere su entendimiento y su voluntad perdidas. Tendrá pleno uso de su entendimiento cuando esté suficientemente informado acerca de la gestión pública de la Administración y sus representantes, en este sentido, resulta crucial la idea de transparencia, pero no sólo debemos comprender la transparencia como la posibilidad de acceder a la información, es necesario que el ciudadano posea la educación necesaria para comprender esta información (ARANDA, 2013, pp. 225-227). Pues, la ceguera, sea por oscuridad o por luminosidad, es ceguera. El ciudadano tendrá una voluntad plena cuando sea capaz de actuar de modo efectivo en la vida pública, para lo cual se hace necesario la articulación de herramientas que hagan posible dicha actuación (democracia online, iniciativas populares, referéndum, listas abiertas, democracia interna para los partidos políticos, representación por distritos, etc.), mejor aún, la articulación progresiva de un sistema de democracia participativa.

No sólo se trata de una actualización tecnológica de la Administración, se requiere una verdadera transformación cívica y humanista del poder público y un verdadero compromiso para con los valores de la democracia. En este sentido, el denominado republicanismo cívico puede servir de ideología cimentadora de los movimientos de defensa del Buen Gobierno (CANALES; ROMERO, 2017, p. 119).

4. Un sistema construido sobre semejantes pilares deja poco margen a la corrupción y a la aparición de intereses siniestros en la Administración, un sistema de este tipo permitiría la aparición de representantes leales, capaces, responsables y justos para un pueblo libre y partícipe de la vida pública. Generaría, dadas sus contramedidas y numerosas garantías, la aparición de una nueva aristocracia jamás conocida, que por posición propia y *auctoritas* reconocida, ejercería la dirección de la acción política. En mi opinión, un sistema así concebido debiera ser de tipo presidencialista. Una democracia participativa bien concebida generará la aparición de una aristocracia política que borraría la huella de la mediocridad y el servilismo de los partidos políticos. Como se ha señalado (CANALES; ROMERO, 2017, p. 118): “La Democracia participativa y deliberativa complementan la democracia representativa clásica a través del debate, el diálogo y la reflexión comunitaria. Además, es un medio preventivo frente a los peligros de una posible tecnocracia disfuncional y descontrolada”.

Estas palabras cobran una especial actualidad en la situación crítica generada por la pandemia COVID-19, particularmente grave en España; porque a la enorme e imponderable pérdida de vidas humanas y el desastre económico que ha supuesto esta situación de emergencia sanitaria; debe sumársele el incumplimiento sistemático de los deberes de publicidad y transparencia por parte del Ministerio de Sanidad y Presidencia. Esto puede comprobarse en las recientes y reiteradas resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (Resoluciones: 137/2020, 484/2020, 492/2020, 550/2020 y 581/2020), que pueden ser consultadas en: (www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/Resoluciones/resoluciones_AGE/AGE_2020/11.html / Acceso em: 05/12/2020). En todas ellas se condena el silencio del Ministerio de Sanidad y se le conmina a la publicación de la información pública solicitada al respecto de la pandemia COVID-19: stock de remdesivir en España, alertas y avisos de la OMS relativos a la pandemia previos a marzo 2019, integrantes del comité de expertos asesores del Ministerio de Sanidad, proceso de nombramiento, retribuciones, etc.

Es cierto que en una situación de emergencia sanitaria resulta muy difícil prever las actuaciones que serán necesarias para enfrentarla, pero como concluye MUÑOZ MACHADO (2020, p. 126): “La falta de concreción legal del contenido de las decisiones pertinentes ha de suplirse siempre por una cuidadosa y explícita motivación de las resoluciones que se adopten”. Parece oportuno concluir que una escrupulosa motivación de las decisiones públicas y la disponibilidad de esta información por parte de la ciudadanía,

permitiría conocer más acertadamente la actuación de los poderes públicos en esta situación de especial gravedad, permitiendo enjuiciar la misma y, de ese modo, optimizar el mandato de objetividad y eficacia que la Constitución española impone a la Administración Pública en su artículo. 103: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Porque, ciertamente, el derecho de acceso a la información pública es un valor intrínseco a la idea de democracia y, también, un posible cauce a través del cual revertir la opacidad de los intereses ocultos en la actividad de los poderes públicos.

5. Internet es el espacio en el que se libraré la batalla por el nuevo sistema de poder. Al igual que las fábricas capitalistas fueron el escenario donde se gestó la lucha obrera, porque las fábricas constituían la arquitectura del sistema de poder dominante, hoy Internet es la arquitectura de poder diseñada por el éxtasis capitalista del siglo XXI y será en este escenario virtual donde se geste la lucha por un nuevo sistema de poder. Comienzan a aparecer síntomas del cambio de paradigma y la red está empezando a servir de cauce para la comunicación de intereses compartidos y como instrumento de control que el ciudadano puede ejercer sobre sus representantes.

Las reacciones que están surgiendo ante estos nuevos movimientos son de naturaleza muy variada. Hay una tendencia a estigmatizar estos cambios como una amenaza a la seguridad y a la paz silenciosa de los círculos de poder, así no es extraño que plataformas como Wikileaks sean tildadas de terrorismo digital. Otra tendencia parece ser la de fortalecer los protocolos de seguridad y las barreras de acceso a la información, medidas paliativas e ineficaces, pues, cada vez se harán más avanzados los medios para burlar aquellos protocolos y traspasar las barreras. También es posible imaginar la posibilidad de que los representantes públicos tomen conciencia de que sus acciones pueden ser observadas, vigiladas y controladas por la ciudadanía y dejen de corromperse. Finalmente, es, igualmente, posible que la sociedad civil tome parte en el ejercicio del control sobre los representantes y castigue a quienes no cumplan con el ideal de buen gobernante (TENA, 2011, p. 47). La positivación jurídica de sistemas de control de la transparencia de las decisiones públicas y el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública son una primera manifestación de la integración del individuo en la *res* pública, tomando parte en el control o fiscalización de sus representantes.

Dominique WOLTON (2000, p. 113) cree ver en Internet el nacimiento de una nueva era para la humanidad, a la que califica como la era de las “soledades interactivas”. Más allá de la posición de Wolton, es posible concluir que estas “soledades interactivas” hoy son auténticos artífices de nuevas formas de cultura y nuevas formas de interrelación que hacen posible más que nunca el imperio de la libertad frente a sus amenazas panópticas. Suele existir cierta fobia intimista al nuevo espacio que ha construido Internet, que es vista como la realización máxima del ideal panóptico, pues, ofrece nuevas posibilidades de dominación y control nunca vistas. Así, es frecuente la afirmación que las nuevas tecnologías conllevan una pérdida de libertad y el derribo de las cortinas de nuestra intimidad. Sin embargo, estas ciertas potencias de dominación deben ser contrastadas con las potencias anti-autoritarias que las mismas nuevas tecnologías hacen posible.

La verdadera cuestión por resolver en nuestra era es cómo ha de usarse la información que Internet puede proporcionar. La lucha por la transparencia es sólo un primer paso, después vendrá la articulación de sistemas que permitan el uso y comprensión de dicha información por parte de la sociedad civil, para que este conjunto de soledades interrelacionadas puedan fiscalizar y castigar en función de dicha información. A este respecto, debe recordarse el proyecto GIA o “*Government Information Awareness*” (Massachusetts Institute Technology, disponible en: www.legal-engineering.mit.edu/ acceso en: 05/12/2020) a cargo del profesor McKinley quien ha desarrollado una serie de tecnologías amigables que permiten a los ciudadanos desarrollar sus propias agencias de inteligencias para obtener, clasificar y actuar con base en la información que logren obtener sobre sus gobiernos (ISLAS; GUTIÉRREZ, 2004).

En España se recuerda el caso de la antigua plataforma web “tu derecho a saber” creada por las organizaciones Acces Info Europe y la Fundación Ciudadana Civio, con el objetivo de facilitar al ciudadano el acceso a la información. A través de esta página web el ciudadano tan sólo tenía que trasladar su consulta a la plataforma, que tramitaría la solicitud de información a la Administración y posteriormente remitiría la información al ciudadano. Actualmente, la iniciativa sigue su marcha a través de la página web de la Fundación Civio (Disponible en: www.civio.es/tu-derecho-a-saber/ Acceso en: 05/12/2020).

Medidas de este tipo no han sido muy utilizadas por la ciudadanía española, pues, tan sólo se formularon 653 solicitudes válidas durante el pasado año 2013 y contrasta con las cifras de otros países de nuestro entorno

más familiarizados con la idea de *open government* y *open data access*. En este sentido, debo señalar que la ley de Libertad de Información (FOI) del Reino Unido genera más de 40.000 solicitudes anuales y en el caso de Estados Unidos su *Freedom Information Act* da lugar a más de 600.000 peticiones de información cada año, solicitudes en gran medida dirigidas desde plataformas como la británica *my Society* (*My Society*/ disponible en: www.WhatDoTheyKnow.com / Acceso en: 05/12/2020) y la estadounidense (*OpenGov*/ Disponible en: www.opengov.com/ Acceso en: 05/12/2020).

¿Cuál será la razón de que este tipo de iniciativas hayan tenido tan poco impacto en la ciudadanía española? ¿Por qué la ciudadanía española se resiste a este proceso de emancipación y re-capacitación democrática, que tanto éxito está obteniendo en otros países? La respuesta, a mi parecer, la encontramos en la degradada cultura administrativa española, basada en la opacidad y la indolencia ciudadana. La solución fue apuntada por Joaquín Costa (1973, p. 57) en los albores del siglo XX, para que la reforma política e institucional triunfe es necesario una reforma social que la preceda.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA ALVAREZ, E. "Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno", *Cuadernos Manuel Gimenez Abad*, Madrid, n. 5, 2013.
- ARISTÓTELES. *Obras*, Madrid: Aguilar, 1982.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Una modesta proposición a favor de la transparencia", *El Notario del siglo XXI*, Madrid, n. 49, mayo-junio, 2013.
- BENTHAM, J. *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004.
- _____. *El panóptico*, Madrid: La piqueta, 1979.
- CAMPOS ACUÑA, C. "El inacabado sistema de garantías de la transparencia. La propuesta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno", *El consultor de los ayuntamientos*, Madrid, n. 22, 2015.
- CANALES ALIENDE, J. M.; ROMERO TARÍN, A. "Algunas consideraciones sobre la transparencia pública y el buen gobierno", *Revista Española de la Transparencia*, Madrid, n. 5, 2017.
- COSTA, J. *Oligarquía y caciquismo. Colectivismo agrario y otros escritos*, Madrid: Alianza, 1973.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. "El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno", *Actualidad Administrativa*, Madrid, n. 7-8, 2014.
- DUVERGER, M. *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona: Ariel, 1970.

- FOUCAULT. M. "El ojo del poder", prólogo a la obra BENTHAM. J, *El panóptico*, Madrid: La piqueta, 1979.
- FOUCAULT. M. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 2017.
- GARCÍA RUIZ. J. "Ley de transparencia. Algunas reflexiones", *El Notario del siglo XXI*, Madrid, n. 49, mayo-junio, 2013.
- GENTILE. G. *Origini e dottrina del fascismo*, Roma: Istituto Nazionale Fascista di Cultura, 1934.
- GUICHOT. E. *Transparencia y buen gobierno*, Navarra: Aranzadi, 2014.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. "El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno", *Actualidad Administrativa*, Madrid, n. 3, 2016.
- ISLAS. O.; GUTIÉRREZ. F. "Internet, utopía y panóptico de la Sociedad de la Información". *Revista do programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Federal Fluminense*, Fluminense, n. 14, 2004.
- MEDINA MORALES. D. "Significado, sentido y valor de la Constitución". *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, Córdoba, V. 98, n. 168.
- MEINECKE. F. *La idea de razón de Estado en la Edad Moderna*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1959.
- MUÑOZ MACHADO. S. "el poder y la peste de 2020". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, n. 90-91.
- OLIVENCIA RUIZ. M. "Los códigos de buen gobierno: valoración". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 2008, n. 0.
- PLATÓN, *Obras Completas*, Madrid: Aguilar, 1979.
- ROUSSEAU. J. J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid: Alba, 1998.
- _____. *Obras Completas*, Madrid: Gredos, 2011.
- _____. J. J. *Julia o la nueva Eloise*, Madrid: Akal, 2018.
- SCHMITT. C. *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza Universidad, 1991.
- SENDÍN GARCÍA, M. A. "El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno", *Revista Jurídica de Castilla y León*, León, n. 33, 2014.
- STAROBINSKI. J. *Jean Jacques Rousseau la transparencia y el obstáculo*, Madrid: Taurus, 1983.
- TENA ARREGUI. R. "El panoptismo invertido y gobierno abierto", *El notario del siglo XXI*, Madrid, n. 38, julio-agosto, 2011.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica, I, Ilae*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993.
- _____. *De Regno*, Madrid: Tecnos, 1995.

- _____. *Summa Theologica*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.
- TRUYOL Y SERRA. A. *La Sociedad Internacional*, Madrid: Alianza Editorial, 1977.
- VALLET DE GOYTISOLO. J. B. *Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva Histórica*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- VERDROSS, A. *La filosofía del Derecho del mundo occidental*, México: UNAM, 1983.
- VILLEY, M. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 2002.
- WOLTON. D. *Internet ¿Y después?*, Barcelona: Gedisa, 2000.
- ZAMBRANO GÓMEZ, E. "El control de transparencia. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno", *Presupuesto y Gasto Público*, Madrid, n. 95, 2019.
- ZAPATERO. V. "El arte ilustrado de legislar", prólogo a la obra BENTHAM. J, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004.

Sobre o autor:

Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo | E-mail: ji2sahia@uco.es

Doutor em Filosofia del Direito Universidad de Córdoba (UCO). Professor Contratado Doctor do Departamento de Ciencias Jurídicas Internacionales, Históricas y Filosofía del Derecho. Miembro del equipo de investigación del Proyecto de I+D+I PID2020-113346GB-C22, "Conflicto y Reparación en la Historia Jurídica Española Moderna y Contemporánea", financiado por el MCIN/AEI.

Data de submissão: 15 de julho de 2020.

Data de aceite: 23 de dezembro de 2020.