

## EL GOBIERNO ABIERTO COMO UN NUEVO HITO EN LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

**Víctor Almonacid Lamelas**

*Secretario de la Administración Local, categoría superior  
Máster en Nuevas Tecnologías Aplicadas a las Administraciones Públicas*

**Eduard Chaveli Donet**

*Abogado especialista en Derecho de las TIC  
Socio-Director de Gesconsultor*

**Salma Cantos Sala**

*Abogada senior en Broseta Abogados  
Profesora de Derecho Administrativo.  
Universidad Politécnica de Valencia*

**Xavier Sancliment Casadejús**

*CEO Peakway  
Ingeniero en Telecomunicaciones, Electrónica e Informática  
Psicólogo*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2014** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Manuel ARENILLA SÁEZ, don Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, don Federico Andrés LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, don Javier MANCHADO DE ARMAS y don Alberto PALOMAR OLMEDA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

---

### EXTRACTO

El gobierno abierto (*open government*) constituye la siguiente fase en la evolución del Estado social y democrático de derecho. Se puede definir como aquel que se basa en la transparencia como medio para involucrar a la ciudadanía en la participación y en la colaboración con lo público. Habida cuenta de que el ayuntamiento es la administración más cercana al ciudadano y cauce inmediato de participación de este en los asuntos públicos, parece el nivel de gobierno más idóneo para la implantación del gobierno abierto. En el presente momento esta participación se realiza principalmente a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), y esta es una tendencia que tiende a crecer de forma exponencial, por lo que es importante definir bien el concepto gobierno abierto de cara a su mejor implantación presente y futura, una tarea que nos corresponde abordar. En la actualidad, los mejores ejemplos y experiencias de gobierno abierto se encuentran en América, mientras que en España se observa heterogeneidad y falta de convicción en estos proyectos, si bien en el lado positivo destacamos algunas iniciativas que bien pueden servir de modelo a seguir por otros gobiernos territoriales. Una de las dificultades

.../...

.../...

que vamos a encontrar es la identificación y aplicación del régimen jurídico por el que se rige el gobierno abierto y sus pilares (transparencia, participación y colaboración). Dicha regulación se encuentra en las normas preexistentes, comenzando por los tratados y la Constitución, con mención especial de la LOPD –se analiza la problemática «datos abiertos» versus «datos personales»–, pero también en las nuevas leyes que tratan de responder, normalmente con retraso y poco tino, a la nueva realidad sociotecnológica. La Ley española de Transparencia es buena muestra de ello. Para adaptar toda esta normativa a las peculiaridades de cada nivel de gobierno, las distintas administraciones públicas disponen de su potestad reglamentaria, que en los gobiernos locales podría traducirse en ordenanzas de transparencia y datos abiertos, o de participación ciudadana. El proceso es complejo, ya que debe tener en cuenta factores legales, tecnológicos y sociales, pero imparable. Una vez se implante el gobierno abierto como forma de gobierno, no habrá marcha atrás en este proceso evolutivo de la democracia, ya que el ciudadano no aceptará un retroceso democrático.

**Palabras claves:** gobierno abierto, democracia real efectiva, democracia local, transparencia, participación.

*Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014*

## THE OPEN GOVERNMENT AS A NEW LEVEL IN THE EVOLUTION OF SOCIAL AND DEMOCRATIC STATE OF LAW

Víctor Almonacid Lamelas

Eduard Chaveli Donet

Salma Cantos Sala

Xavier Sancliment Casadejús

---

### ABSTRACT

Open government constitutes the next stage in the evolution of the social and democratic state of law. It can be defined as a state based on transparency, as a mean to involve citizenship in participation and collaboration with public. Given that the City Hall is the closest administration to the citizen and allows the participation of the latest in public affairs, it seems the most appropriate level of government for the implementation of open government.

At this moment, this participation is mainly done through information technology and communication, and this is a trend which tends to grow exponentially, so it is important to define the concept of open government for its present and future implementation, a task for us to deal with.

Currently, the best examples and experiences of open government are in America, while in Spain heterogeneity and lack of conviction in these projects is observed. However, despite the situation, some initiatives that may well serve as a model to be followed by other territorial governments shall be highlighted. One of the difficulties we will encounter is the identification and implementation of the legal regime that open government and its pillars (transparency, participation and collaboration) is governed. Such regulation is contained in the pre-existing rules, starting with the European Treaties and the Constitution, with special references to the LOPD –analyze the problem «open data» versus «personal data»– but also new laws that seek to respond, usually with little delay and destination, the new sociotechnological reality. The Spanish Transparency Law is a good example of it. To adapt this policy to all the peculiarities of each level of government, public administrations have their regulatory powers, therefore local governments could lead to transparency and open data regulations or citizen participation. The process is complex as several legal, technological and social factors have to be taken

.../...

.../...

into account. Once the open government form is implemented as a way of government, there will be no reversal in this evolutionary process of democracy, as citizens will not accept a democratic backsliding.

**Keywords:** open government, effective real democracy, local government, transparency and participation.

---

---

## Sumario

1. Introducción. Estado democrático y democracia real efectiva
2. Pilares del gobierno abierto: transparencia, participación y colaboración
  - 2.1. Transparencia y «otras campanas que se oyen»: la idea subyacente es gobierno abierto
  - 2.2. El pórtico del gobierno abierto y sus tres pilares
3. Base jurídica. Especial referencia a la Ley de Transparencia española
  - 3.1. ¿Una nueva ley o un artículo 37 del LRJPAC «extendido»?
  - 3.2. Régimen jurídico del gobierno abierto municipal
4. Datos abiertos versus datos de carácter personal
  - 4.1. El equilibrio de derechos como principio rector «deseable»
  - 4.2. El equilibrio entre acceso a la información y privacidad en la publicidad activa
  - 4.3. Derecho de acceso a información pública y protección de datos personales
5. Implantación efectiva en las organizaciones: propuestas a partir de casos de éxito. Especial referencia a la administración municipal
  - 5.1. Actuaciones en cuanto a apertura de datos, portales *open data*
  - 5.2. Actuaciones en cuanto a portales de transparencia
  - 5.3. Actuaciones en materia de participación y colaboración. El talón de Aquiles
6. Conclusiones. La irreversibilidad del darwinismo democrático

### Bibliografía

*El gobierno no descansa en la fuerza, el gobierno es la fuerza;  
descansa en el consentimiento, o en una concepción de la justicia*

Gilbert Keith CHESTERTON

## 1. INTRODUCCIÓN. ESTADO DEMOCRÁTICO Y DEMOCRACIA REAL EFECTIVA

El gobierno abierto (*open government*), bien articulado, está muy cerca de la verdadera democracia. Esto es tan claro y sencillo como entender que partiendo de la transparencia, de los datos abiertos (*open data*), y de la reutilización de esa información; y articulando simultáneamente todos los cauces participativos posibles –con la empatía suficiente de acudir a los que suele utilizar el ciudadano, como los móviles o las redes sociales–; y, en tercer lugar, escuchando al ciudadano cuando utilice esos cauces, el gobierno será de verdad, por primera vez en la Historia, del pueblo. Si esto no es democracia real efectiva desde luego que se le parece mucho.

Y mucho se está hablando últimamente de gobierno abierto, quizá porque tanto la expresión en sí como sus connotaciones son sinónimo de rentabilidad política –¿quién no está a favor de la transparencia?–. Pero no siempre se hace con propiedad y sobre todo no con «realidad», aunque es positivo que vaya sonando en el discurso político y en la red. Muchos sí son, al menos, conscientes de que estamos al principio de algo; se trata de una cuestión evolutiva, y no concebimos otra forma de política que la *política 2.0* –y el gobierno municipal, como más adelante subrayaremos–, si bien deben quedar claros dos matices:

- Hablamos de *política 2.0*, si bien dicha política, en sentido amplio, se divide en dos subconceptos: *ciberpolítica*, más relativo a una campaña electoral, y *cibergobierno*, cuyo ámbito natural estaría más cercano al gobierno abierto, pues consiste en una manera concreta de gobernar.
- El «2.0» no significa que la tecnología sea el único cauce de participación. Mecanismos como los presupuestos participativos o la tan poco utilizada iniciativa legislativa popular son mucho más «clásicos» y desde luego tremendamente democráticos.

Al final algo va a cambiar en el Estado social y democrático de derecho porque algo va a cambiar en la democracia. Y algo va a cambiar en la democracia porque la democracia son las personas y las personas han decidido que ya no se conforman con votar cada cuatro o cinco años (Parlamento europeo). La realidad va muy deprisa y, por qué no decirlo, los políticos mienten, y escuchamos conversaciones de personas verdaderamente arrepentidas de haber votado a un partido (¿por qué no a un candidato por cierto?) tan solo un par de meses después de unas elecciones.

En consecuencia, si tenemos, por un lado, que el municipio es el cauce inmediato de la participación ciudadana en los asuntos públicos (así lo dice la Ley de Bases del Régimen Local, en adelante LBRL), y, por otro, que el gobierno abierto, el que se basa en la participación, es el gobierno del futuro, la conclusión irrefutable es que el municipal es el nivel de gobierno del futuro, por lo que tendremos que seguir profundizando en conceptos tales como «municipalismo», «proximidad», «subsidiariedad», *open government*, *eGovernment*, *eProcurement* y *smart city*, entre otros... Estamos ante una modalidad de darwinismo: la evolución política se abre camino de esta forma.

Pero no hablamos de un camino de rosas. Por un lado está la propia resistencia a lo desconocido, sobre todo si, como se dice coloquialmente, supone «tirar de la manta» de prácticas corruptas. Es curioso, pero también preocupante, comprobar cómo los grupos de la oposición –hablamos de cualquier nivel de gobierno y por supuesto haciendo abstracción de ideologías o colores– reclaman con gran énfasis mayores dosis de transparencia y participación mientras que los distintos gobernantes la abrazan con timidez, y siempre desde un punto de vista mucho más teórico que práctico. La propia Ley de Transparencia –Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno– establece un periodo transitorio demasiado extenso en algunos casos –por ejemplo, las comunidades autónomas y las entidades locales disponen de dos años para aplicar la ley–, lo cual es paradójicamente poco compatible con el propio principio de transparencia.

Por otro lado, y aunque mantenemos el acento en la administración más cercana como la más democrática, es cierto que los ayuntamientos españoles no tienen total capacidad para prestar sus muchos servicios –propios, delegados o «impropios», tanto da– en condiciones de solvencia financiera y excelencia técnica. Pero este no sería un argumento en contra, sino a favor. Hablamos de colaboración, de ayuda. Siempre es oportuno recordar que los mecanismos de colaboración y cooperación se encuentran en las leyes administrativas, tanto en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, arts. 4 a 10) como en la propia LBRL (arts. 55 y ss.), y el mismo principio de coordinación tiene rango constitucional. Pero, más allá de las clásicas relaciones interadministrativas que en el ámbito municipal tienen su máxima expresión en la cooperación provincial a los servicios municipales, despuntan en la actualidad otros dos mecanismos asociativos:

- La colaboración público-privada, no tanto desde el contrato de colaboración público-privada y sí con la vista puesta en figuras como la nueva «asociación para la

innovación», una figura que puede fomentar la participación de pymes y emprendedores en lo público.

- La colaboración ciudadana. No era imprescindible una ley de transparencia, y menos para la administración local, para implantar los diferentes medios de participación y colaboración ciudadana, pero qué duda cabe que el citado hito legislativo –a pesar de su demorada entrada en vigor–, en sintonía con las nuevas tendencias sociopolíticas basadas en el *open government* y la mayor participación ciudadana, lo avalan con más fuerza que nunca. La LBRL habla de participación, e infinidad de ayuntamientos disponen de ordenanzas de participación ciudadana, incluso más recientemente de transparencia. También existe una ley del voluntariado y por supuesto una ley de asociaciones que pueden dar mucho juego en una administración próxima y al mismo tiempo carente de recursos.
- La que podríamos denominar *colaboración público-pública* moderna, no tanto en la línea de las citadas relaciones interadministrativas clásicas –por supuesto sin cerrar esa vía– como la suscitada más recientemente con mecanismos como la central de compras y la contratación conjunta, añadiendo otros –formales e informales, institucionales y personales– como el intercambio de experiencias, las redes «sociales-profesionales» de intraemprendedores, la formación horizontal (comunidades de aprendizaje) o el *benchmarking*.

Por razones de extensión del presente trabajo no podemos detenernos en este momento en el desarrollo de todas estas interesantes posibilidades, pero sí la citada en segundo lugar precisamente como uno de los pilares esenciales del gobierno abierto.

## 2. PILARES DEL GOBIERNO ABIERTO: TRANSPARENCIA, PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN

### 2.1. TRANSPARENCIA Y «OTRAS CAMPANAS QUE SE OYEN»: LA IDEA SUBYACENTE ES GOBIERNO ABIERTO

2013, el año de la aprobación de la Ley de Transparencia en España, centralizó los aludidos comentarios y referencias a las ya casi familiares palabras «transparencia», «*open data*», «*big data*» y «gobierno abierto», ya no de boca de los diferentes estamentos políticos sino también de un sinnúmero de expertos en la materia que, a la estela de esta nueva tendencia, han sido convocados para explicar sus teorías en eventos organizados *ad hoc* a lo largo de toda la geografía española.

Vaya por delante que transparencia es un término que se halla incluido en un concepto mayor: gobierno abierto. Aunque esta Ley de Transparencia parezca un hito de tremenda nove-

dad, la realidad es que ya existían y hoy día existen muchas iniciativas de implementación del gobierno abierto, cada una llevada a cabo desde una singularidad muy propia y muy reconocible, quizá de manera un tanto anárquica, ante la falta de una regulación y un modelo común, pero que en todo caso se han creado bajo unos criterios, que, en este casi sí, la mayoría de veces, han sido comunes. Nos referimos a las líneas principales sobre las que se asienta el concepto de gobierno abierto: la transparencia, la participación y la colaboración.

Quede claro pues que no estamos ante un proceso innovador, aunque lo parezca. Lo que sí podemos observar es un salto cualitativo propiciado por las circunstancias. Una de ellas es sin duda la corrupción y la necesidad política de recuperar la confianza. Pero hay más motivos. Existe toda una serie de elementos importantes que han facilitado la apuesta de «lo público» para que el concepto de «gobierno abierto» llegara para quedarse. Fundamental ha sido también el papel principal que las nuevas tecnologías han desarrollado en el crecimiento de esta iniciativa en nuestra sociedad. Unas nuevas tecnologías –hoy en día más que «nuevas», mejoradas– que a lo largo de los últimos años han evolucionado espectacularmente en la línea de disminuir sus periodos de obsolescencia, de mejora de la usabilidad y de minimizar la brecha tecnológica con los usuarios. El acceso casi universal a internet es una premisa *sine qua non* para la efectividad del gobierno abierto.

Las administraciones públicas, hasta hace muy poco, disponían de tiempo para poder absorber los avances tecnológicos por dos motivos importantes: en primer lugar, su obsolescencia no era importante en el tiempo, permitiendo la lenta adopción por parte de las administraciones de las tecnologías a lo largo de los años, sin un gran perjuicio hacia los ciudadanos, y en segundo lugar, estos ciudadanos no eran agentes activos en cuanto a la realización de peticiones y al uso de la tecnología. Esta realidad ha cambiado.

Recordemos que hasta la fecha, la gran apuesta por parte de los gobiernos (locales, autonómicos y estatales) se focalizaba en la administración electrónica, gracias a la Ley 11/2007, que sin embargo es una ley que tiene ya siete años. Esto no significa que nos refiramos a ella como «pasado», ya que desgraciadamente sigue siendo un reto del presente y desde luego del futuro que queda por recorrer. No es el momento de comentar, sí de apuntar, la heterogeneidad con la que las distintas administraciones públicas se han subido al tren de la administración electrónica, lo cual dificulta, entre otros aspectos, la interoperabilidad. Pero al menos esta apuesta ha conllevado que, poco a poco, nuestras administraciones hayan apostado por la tecnología, y es esa apuesta uno de los pilares principales que han facilitado y agilizado las políticas de transparencia, apertura y de participación de nuestras administraciones, o al menos de algunas de ellas. Digamos que una administración electrónica tiene la base adecuada para ser una administración transparente. Es por tanto, la tecnología, y su papel como herramienta de modernización de nuestras administraciones, el punto de partida hacia el gobierno abierto.

Vemos como la moda de los portales *open data* y de transparencia se ha adueñado de los grandes estamentos de los gobiernos nacionales. Por un lado, la apertura de datos públicos, haciéndolos accesibles a través de portales específicos, ha triunfado en las administraciones que

han apostado por ello, convirtiéndose en el fundamento para que esa administración se considere líder en la práctica de gobierno abierto, y tenga ante sí una herramienta de máquetin ante los ciudadanos que representa. Desde el punto de vista práctico, sería muy interesante entrar a valorar el interés de los datos que se han abierto y publicado, su reutilización real, su formato y, sobre todo, el carácter estratégico de los mismos, es decir, la sensibilidad de los datos publicados desde un punto de vista político. Por otro lado, mediante los portales de transparencia se han implantado experiencias focalizando la información disponible mayoritariamente en ofrecer información financiera y una visión del desarrollo del gasto y las inversiones que se han realizado o se están ejecutando, sin olvidar la típica información de contexto referida a quién es quién en los gobiernos, qué actividades se llevan a cabo y cuál es la información o actualidad destacable.

El papel llevado a cabo por el Open Government Partnership, organización bajo la presidencia de los Estados Unidos y Brasil que opera únicamente a nivel de estados, ha sido fundamental para poder explicar el porqué del desarrollo de las políticas de gobierno abierto a nivel de los estados. Esta organización trabaja para lograr el compromiso por parte de los países adheridos en relación con la transparencia, la lucha contra la corrupción y el uso de las tecnologías<sup>1</sup>.

Por tanto, es muy destacable el papel de los Estados Unidos en la promoción del concepto de gobierno abierto de la mano de su presidente, Barack Obama<sup>2</sup>, aunque en el otro extremo no es menos llamativa la gran desafección de la ciudadanía hacia todo «lo público» en medio de un contexto de crisis económica, social y de valores que ha llevado a un escenario de desconfianza extrema hacia las administraciones públicas. Es precisamente esta desafección la que se intenta corregir.

Hoy en día, más de 60 países forman parte de este grupo de estados (Australia, Nueva Zelanda, Mongolia, Sierra Leona, Túnez, Serbia, Irlanda, Malawi y Trinidad y Tobago son los últimos que este mismo mes de abril de 2014 se han incorporado) que, además de suscribir la declaración de gobierno abierto de la organización, deben llevar a cabo un plan de acción, someterlo a consulta pública e informar de los progresos del mismo.

## 2.2. EL PÓRTICO DEL GOBIERNO ABIERTO Y SUS TRES PILARES

Una vez adentrados en el contexto del *open government*, si hablamos de su contenido, tenemos que se basa en la transparencia para llegar a la participación y la colaboración. Sobre

---

<sup>1</sup> Vid <http://www.opengovpartnership.org/>

<sup>2</sup> Memorando de transparencia y gobierno abierto del 21 de enero de 2009. Véase enlace <http://www.whitehouse.gov/open>

«transparencia», como decíamos, aparece sin duda un nuevo escenario tras la revolución de las TIC a principios del siglo XXI. La red ofrece los datos, la información (no siempre veraz, desde luego), pero lo hace a gran escala y desde luego con o sin ley de transparencia. En consecuencia, la gente se ve incitada a opinar y participar, precisamente a través de la misma red. Hablando de gobiernos, hemos visto precisamente como el ciberactivismo y la propagación de la información real y contrastada (frente a la manipulada) ha sido capaz de rerrocar regímenes antidemocráticos en este mismo siglo. En un ámbito más cercano, los diferentes niveles de gobierno de la administración española han desarrollado webs institucionales, creado televisiones y radios digitales, entrado en las redes sociales, mecanismos que avalamos pero que seguramente deberían haber sido más «portal de transparencia» y menos «panfleto propagandístico». En la actualidad la ciudadanía demanda *open data* y reutilización de la información para poder a la postre participar. La gente está en los móviles y en las redes sociales, y aunque como consecuencia de la aún existente brecha digital no todos lo están, esta tendencia sociotecnológica solo puede crecer de forma geométrica. Con toda seguridad es «una moda» que ha venido para quedarse. Quizá un día la red social Twitter ya no tenga seguidores, pero la red que la sustituya los tendrá en un porcentaje mayor en términos relativos a toda la población. Se debe invertir pues en transparencia e información, por lo que no parecen en absoluto buenas medidas fomentar la burocracia y la opacidad, o intervenir medios de comunicación.

En cuanto a la colaboración/participación, según el ordenamiento jurídico y, sobre todo, según la realidad social, la administración municipal es sin duda la más próxima al ciudadano, y esto se plasma en la práctica en tres tipos de relaciones bidireccionales del ente público con la sociedad, articuladas según el actor que toma la iniciativa de la relación, y que citamos a continuación:

1. **Relaciones de servicio público administrativas.** Son las que parten de la administración hacia el ciudadano, normalmente *ex lege*, o bien más allá de este por la propia demanda ciudadana dentro del crecimiento, quizá excesivo, del Estado del bienestar. Se trata de los servicios públicos, la mayoría por cierto municipales. En la actualidad estos servicios deben ser sociales (en el sentido más amplio del término) y deben ser electrónicos. El porcentaje de población que va a realizar sus trámites administrativos por la vía telemática crecerá, insistimos, de forma geométrica. Se generalizará el uso de la firma electrónica poniendo en valor el ahorro de tiempo. Las gestiones se realizarán mayoritariamente a través de dispositivos móviles (*iphones, ipads, smartphones*, cristales inteligentes, etc.). En una fase más evolucionada los servicios públicos deberán ser inteligentes» (sensorizados, eficientes, sostenibles, ambientales, etc.) producto de la incorporación de la ciencia y la tecnología a dichos servicios públicos, con el consiguiente ahorro para el sistema y mejora de la calidad de vida. A mitad de siglo la mayor parte de la población mundial vivirá en ciudades medianas, grandes o muy grandes (megaciudades) que optarán por el modelo de gestión propio de las *smart cities*. Administración electrónica y *smart cities* son temas que no podemos desarrollar en este estudio, pero que dejamos apuntados por su relación con el cibergobierno.

2. **Relaciones de servicio público colaborativas.** Como ya hemos indicado, la administración titular de los servicios puede (y debe) acudir a la ayuda externa de otras entidades –públicas y/o privadas– y, desde el punto de vista que ahora interesa, también de las personas y asociaciones que las agrupan. Es la colaboración ciudadana, esa sociedad civil activa e inteligente, que propone medidas al gobierno sin esperar a que este le inste. Este tipo de iniciativas, o requerimientos en su caso, pueden adoptar diferentes formas e intensidades. La mera formulación de sugerencias o la votación en los foros adecuados –por ejemplo, un consejo sectorial municipal– se consideran relaciones de participación, a las que inmediatamente nos referiremos; pero una participación que podríamos calificar como cualitativamente superior, una implicación por parte de algunos ciudadanos o asociaciones que sea total, trabajada, y mantenida en el tiempo, se acercaría a la autogestión de los servicios públicos. Servicios que serían de las personas y para las personas, en colaboración (no necesariamente económica) con la administración. Hablamos de una fase avanzada del voluntariado. Algunos autores llaman a esta tendencia «acción de fomento»: los particulares toman iniciativas de servicio público e interés general y la administración subvenciona, pero en realidad estamos hablando de un mecanismo colaborativo mucho más moderno y de mayor intensidad. Sin duda un día la administración dará «permiso» a los ciudadanos para prestarse un servicio público a sí mismos.
3. **Relaciones de participación ciudadana.** Son las que demanda el ciudadano moderno (ciudadano «del conocimiento») a la administración, la cual debe a su vez habilitar los cauces, siendo además transparente (*open data*). No siempre se dirige el ciudadano a un ayuntamiento para aperturar un expediente administrativo. Existen muchas relaciones y comunicaciones informales que no deben ser nada burocráticas. No todas las relaciones telemáticas son, pues, administración electrónica, y por tanto se deben relajar los formalismos, que electrónicos o no son necesarios cuando los exige la ley. Pero también se deben articular los cauces para otro tipo de solicitudes, quejas, sugerencias y aportaciones. Este tipo de relaciones, dentro del contexto más bien medioplacista que estamos abordando en nuestro enfoque, se van a desarrollar principalmente a través de los mecanismos de participación 2.0 –únicamente cuando se utilizan los medios electrónicos se puede hablar de ciberobierno, si bien, como decimos, existen más medios de participación–, la cual nos llevará al gobierno abierto práctico, fase subsiguiente al gobierno abierto teórico, aquel que se autodenomina como tal sin tener en la realidad aplicación positiva práctica, y que en nuestra opinión puede considerarse la tendencia predominante en la actualidad. La participación 2.0, y su evolución natural, aún no concebida pero cuya nomenclatura podría ser ciberobierno efectivo, participación 3.0, o, como más nos agrada, democracia real efectiva, en la cual gobernará realmente el pueblo a través de numerosísimos mecanismos de participación ciudadana puestos a su disposición, principalmente por medios electrónicos. En la actualidad nos encontramos a medio camino entre las simples elecciones cuatrienales como mecanismo

exclusivo de participación política y la aludida democracia real efectiva, si bien la brecha tecnológica y democrática entre los diferentes niveles de gobierno y entre gobiernos del mismo nivel es aún muy importante, defecto del sistema que habrá que corregir, porque de nada sirve al hito de la democracia total que unos gobiernos sean absolutamente abiertos, y otros no.

### 3. BASE JURÍDICA. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY DE TRANSPARENCIA ESPAÑOLA

#### 3.1. ¿UNA NUEVA LEY O UN ARTÍCULO 37 DEL LRJPAC «EXTENDIDO»?

En un enfoque jurídico-práctico como el nuestro, es evidente que no podemos abordar los citados conceptos de democracia, gobierno abierto, transparencia, participación ciudadana, etc., sin referirnos con cierta amplitud a la primera ley del legislador español aprobada al respecto, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Sobre su periodo de tramitación y aprobación, régimen transitorio (*vacatio legis* incluida) y contenido podrían desarrollarse varias monografías, pero no son estas líneas el cauce para ello. Pincelaremos, eso sí, algunas cuestiones trascendentales para el objeto del presente trabajo.

En primer lugar, y al margen de otras consideraciones, qué duda cabe que la aprobación de la Ley 19/2013 ha supuesto todo un hito en la democracia española, hito que, debemos presumir, pretende comenzar a implementar la idea de la necesaria rendición de cuentas por parte de la administración, promovida muchas veces por los ciudadanos, según lo visto en los epígrafes anteriores, pero en todo caso liderada por los gobiernos de turno, no lo olvidemos, cauce único para garantizar la calidad de la democracia. Qué duda cabe de las indudables bonanzas de que, por fin, nuestro legislador haya tenido a bien concebir una ley de transparencia aplicable a todas las instituciones públicas del Estado. Ahora bien, ello no debe cegar la existencia de algunos puntos críticos y criticables.

Resulta de interés comenzar considerando la visión y posición que ha tenido el legislador español sobre el modo de afrontar la deuda legal que tenía con la democracia. La ley, tardía en la máxima de sus expresiones comparativas –tanto a nivel comunitario como, incluso, a nivel internacional en relación con países iberoamericanos–<sup>3</sup>, ha sido afrontada con la menor de las ambiciones. Desarrollemos al respecto algunos de estos puntos claves:

<sup>3</sup> España ha sido de los últimos países europeos (no ya solo comunitarios), en incorporar una norma de este tipo; y si lo comparamos con países como Chile, que dispone de ley de transparencia desde hace 10 años, el retraso resulta, si cabe, aún más manifiesto.

## A) ¿Derecho fundamental o «administrativo»?

La primera cuestión que nos podemos plantear es si el derecho de acceso a la información es un derecho con encuadre constitucional. En efecto, el derecho a la información es un derecho previsto en nuestra Constitución española, si bien ubicar su posición exacta no está exento de interpretación. Desde una estricta órbita administrativista consideraremos que su incardinación constitucional está en el artículo 105, letra b), dentro del título IV dedicado al Gobierno y Administración. El artículo 105 se refiere sin ningún género de dudas a los archivos y registros administrativos, utilizando la base genérica que nos da la LRJPAC sobre el modo de contener la información por parte de las administraciones públicas. Ahora bien, existe otra visión y posición para afrontar tal regulación. El artículo 20 de la Carta Magna recoge el derecho a la información (derecho a comunicar o recibir información) como derecho fundamental. Algunas voces doctrinales entienden este derecho no ya solo como el derecho a recibir información, sino como un derecho a informarse; derecho que estaría integrado en el –llamémoslo– binomio libertad de información-derecho a recibir información.

El encuadre en una u otra ubicación tiene trascendentales consecuencias: en primer lugar, y como es obvio, la consideración de derecho fundamental, con todas las garantías que ello comporta; y, adicionalmente y no menos importante, la posición con la que se tendría que abordar la ponderación de intereses ante la frecuente colisión entre el derecho fundamental a la intimidad –y protección de datos personales– con el derecho a la información.

Ante un primer análisis sobre la posibilidad de que el derecho a la información tenga la consideración de derecho fundamental<sup>4</sup>, puede parecer carente de base legal, ya que la visión más inmediata y literal al respecto destaparía una absoluta inviabilidad, salvo que medie una modificación de la Constitución española integrando explícitamente como derecho fundamental el derecho de acceso a la información. Sin embargo, si analizamos más puntos comprobamos como tal escenario representa una posibilidad legal que al menos parece abierta.

El derecho a la información que obra en poder de las administraciones públicas, o mejor dicho, de sector público, es un derecho que viene siendo abordado a nivel internacional y comunitario desde hace muchos años. Hace casi una década, la Declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión (de diciembre de 2004) señaló que el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de la globalidad, basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, principio sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones.

<sup>4</sup> Postura muy defendida en el ámbito social (movimientos, plataformas, asociaciones cívicas, etc.), por voces legas en Derecho administrativo y constitucional.

Tenemos en efecto que, desde hace tiempo, en el ámbito internacional se predica el carácter de derecho fundamental del derecho de acceso a la información. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en recientes sentencias<sup>5</sup>, ha venido a considerar el carácter de *derecho humano fundamental* el derecho de acceso a la información. Y son numerosas las declaraciones internacionales que así lo reconocen. En suma, no cabe duda de que la comunidad internacional, en sus vertientes política y jurídica, señala el carácter fundamental de este derecho.

En cuanto a la interpretación de nuestra Constitución española, como bien sabemos no está de espaldas a esta comunidad internacional, y es su artículo 10, apartado 2, el que señala con claridad que las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Dicho de otra forma, la propia Constitución española dispone que los derechos fundamentales deben ser interpretados de acuerdo con las declaraciones y tratados internacionales. Así pues, una interpretación conservadora concluiría en el desarrollo efectuado por el legislador español, pero la posibilidad de considerar que el derecho fundamental a la información previsto en el artículo 20 de la CE incluye la vertiente del derecho a recibir información, admite interpretaciones, en todo caso, amparadas por la corriente internacional. Ante la crisis de representatividad que sufre nuestra democracia, con un nivel de desprestigio de todas las instituciones públicas, un paso al frente en esta línea por el legislador español hubiera sido un pequeño rayo de luz de esperanza para un escenario mejor. Ahora bien, el propio régimen transitorio previsto en la Ley 19/2013 da cuenta de la falta de voluntad en la línea expuesta.

## b) Ámbito subjetivo de la Ley

Destaca la amplitud del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Transparencia establecida en sus artículos 2 a 4, que incluyen desde las clásicas administraciones públicas territoriales hasta las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, la Casa Real, los partidos y sindicatos e incluso los contratistas públicos. Tenemos por tanto que una de las novedades más importantes de la Ley 19/2013 es su ámbito subjetivo, muy amplio especialmente si lo comparamos con el ámbito subjetivo de la LRJPAC, única ley que hasta ahora regulaba y desarrollaba el derecho de acceso a la información previsto en el artículo 105.2 de la CE. Esta ampliación del ámbito subjetivo es muy relevante, y entendemos que, en términos generales, no ofrece dudas interpretativas, más allá de que deba determinarse y articularse la forma en la que algunos entes del sector público –como sociedades mercantiles de capital público, que no tendrían ni por qué tener registro de entrada, dada su forma jurídica privada– van a dar cobertura al ejercicio de los derechos contenidos en la ley.

Más allá de este dato sobre el ámbito subjetivo, cabe contextualizar esta explicación en el fenómeno que durante las últimas décadas del siglo XX se produjo bajo la expresión doctrinal de «huida del Derecho administrativo» y que ahora, qué duda cabe, que nos encontramos *de vuelta*,

<sup>5</sup> Entre otras, cabe citar Sentencia de 25 de junio de 2013 (caso Youth Initiative for Human Rights contra Serbia).

fenómeno que también se plasmó en la expresión «doctrina del levantamiento del velo». Un regreso al Derecho público –obsérvese que ya no lo denominamos «administrativo»– que inevitablemente irá a más. Las razones son muchas. Por un lado, por la expansión e imposición de técnicas propias de la administración pública tradicional –estructura territorial– mediante la aplicación de normas como las de contratación pública y ahora de acceso a la información, entre otras. Por otro, y relacionada con la anterior, por la propia penetración del Derecho europeo, paradigma del liberalismo, en un ordenamiento jurídico español que hasta fechas recientes continuaba poniendo el acento en la forma de la entidad (pública o privada) por encima de la consideración, mucho más importante, de la actividad o servicio que presta dicha entidad, en orden a la asignación de un régimen jurídico. E incluso también ilustrado por la reciente reforma de la administración local, la cual, sin entrar en este momento en otras consideraciones que nos desviarían del hilo principal, toma especiales medidas contra esa sobre-estructuración, en este caso de la administración local aunque sin duda la reflexión es extensiva a otras administraciones públicas, realizada sin duda bajo el paraguas de la huida del Derecho administrativo.

### c) ¿Innovación o repetición del régimen jurídico contenido en la LRJPAC?

Hasta ahora, la LRJPAC regulaba básicamente dos modos de acceder a la información que obra en los archivos y registros de las administraciones públicas, distinguiendo así dos escenarios: (a) si se tiene la condición de interesado, *ex* artículo 35, letra a); y (b) si se es un ciudadano, con carácter general, *ex* artículo 35, letra h), desarrollado en el artículo 37<sup>6</sup>.

La principal diferencia entre estos dos supuestos radica, además de en el citado presupuesto subjetivo para su ejercicio, en el contenido del derecho; recordemos: (a) el artículo 35, letra a), regula el derecho a acceder a toda la información que obre en el procedimiento, con independencia de la fase en la que esté; y (b) el artículo 37 regula el derecho de acceso a todos los registros y documentos que obren en los archivos administrativos, siempre que se trate de procedimientos terminados.

Es decir, que el acceso a toda la información que obra en la administración pública es un derecho que, aunque poco utilizado, o más bien, poco permitido, ya estaba recogido en nuestra legislación. En este sentido, es posible que el problema de su poco uso y ausencia de interiorización por todas las personas que están al servicio de la Administración haya sido una especie de recelo a dar información, unida al escaso control judicial que ha habido al respecto (por falta de solicitud de tutela), generando así un círculo vicioso que concluía con un efecto disuasorio para el administrado. Esto ha originado que no se haya consagrado una cultura real y correcta sobre el ejercicio de este derecho.

---

<sup>6</sup> Artículo que está, permítasenos la expresión, de «vacación legislativa», dada la *vacatio legis* formal provocada por el legislador al modificarlo a través de sus disposiciones finales y sustituirlo por un nuevo precepto de una ley que no ha entrado en vigor. Véase disposición final primera, en relación con la disposición final novena, sobre entrada en vigor de la Ley de Transparencia.

Sin perjuicio de todo ello, y confiando que la Ley 19/2013 contribuya a consagrar, por fin, una cultura que permita el correcto ejercicio del derecho, debemos detenernos en las verdaderas novedades de la ley en relación con el régimen jurídico sustantivo existente. Así, la Ley 19/2013 introduce un nuevo concepto denominado «información pública», abarcando esta todos los contenidos y documentos que obran en poder de alguno de los sujetos a los que resulta de aplicación la ley. Desde esta perspectiva la visión es sin duda amplia, sin perjuicio del régimen jurídico de las excepciones. El precepto que lo regula, artículo 13 de la ley, prosigue en relación con los documentos «que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

En este punto es donde debemos detenernos a analizar si el legislador verdaderamente está superando el régimen del «antiguo» artículo 37, en cuanto al requisito de que el procedimiento esté terminado. Los términos del nuevo precepto se refieren a acciones ya terminadas, ahora bien, dirigidas claramente no a procedimientos, sino a contenidos o documentos. Si el legislador hubiera querido exceptuar procedimientos en curso, atendiendo al régimen anterior del 37, sin duda lo habría hecho expresamente. Por ello, la primera conclusión del nuevo régimen del derecho de acceso es que el legislador, en este punto, sí ha superado con creces al anterior régimen, y el derecho de acceso viene referido a todo tipo de procedimientos o expedientes (incluyendo los de otras entidades que no tramiten procedimientos *strictu sensu*), estando incluidos los que estén en curso. Esta es una conclusión satisfactoria.

Pero la reflexión no acaba ahí, ya que el artículo 18 de la Ley 19/2013 regula los supuestos de inadmisión de las solicitudes, y entre ellas prevé como causa de inadmisión «que se refiera a información que esté en curso de elaboración o de publicación general». Dicha excepción obliga a plantearse si era intención del legislador excluir los procedimientos en curso. La segunda parte de la excepción no ofrece demasiadas dudas, en cuanto a que se refiere a información que está a punto de publicarse, bien por tratarse de información que debe publicarse por aplicación de los Principios de Publicidad Activa que incorpora la ley, bien porque se trata de otra información que la LRJPAC, la Ley de Contratos (TRLCSP), la LBRL, o la normativa sectorial, obligan a publicar –por ejemplo, los pliegos de cláusulas administrativas–. Ahora bien, la primera parte nos obliga a plantearnos si la excepción del citado artículo 18 pretende ser la excepción a la regla general prevista en el artículo 13, que no establece límite alguno en cuanto a que el procedimiento esté terminado o no, dejando de algún modo «las cosas como están» (en la LRJPAC).

Si atendemos a las primeras voces surgidas desde la aprobación de la ley, comprobamos con nitidez que las que provienen de la propia administración defienden la tendencia restrictiva, entendiendo excluidos los procedimientos que estén en curso.

Ahora bien, si procedemos a un análisis del tenor literal de los preceptos, vemos que no indican explícitamente tal excepción, sino que se expresan en términos muy diferentes a los tradicionales de la LRJPAC. Así, se refieren a *información en curso de elaboración*. ¿Qué entendemos por información en curso de elaboración? Parece lógico pensar que el legislador se refiere a borradores de documentos, y documentos no terminados, los cuales evidentemente no pueden facilitarse. ¿Una propuesta de resolución, acto previo para la manifestación final de la voluntad de

la administración mediante el oportuno acto que ponga fin al procedimiento, debe considerarse «información en curso de elaboración»? ¿Podría accederse a la misma sin esperar a la toma del acto por parte del órgano competente? En nuestra opinión sí. Parece que el legislador no se refiere al término «decisión» en curso de elaboración, o «expediente terminado», sino más bien individualmente a los documentos e informaciones concretas.

En definitiva, interpretamos que si el legislador español hubiera querido, inequívocamente, excluir del derecho de acceso a la información la información que obre en procedimientos en trámite, parece lógico que lo hubiera hecho, no solo explícitamente, sino en identidad de términos a la vista de los términos de la legislación genérica –es decir, refiriéndose también a procedimientos–. Es cierto que no todos los entes incluidos en el ámbito subjetivo de la ley «tramitan» procedimientos administrativos y por ahí podría venir el cambio terminológico, pero una excepción de tal magnitud parece que requiere estar explícitamente prevista para ser así interpretada.

### 3.2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL GOBIERNO ABIERTO MUNICIPAL

Volviendo a las cuestiones conceptuales, recordemos que la transparencia era tan solo uno de los tres pilares del gobierno abierto, por lo que, tras los necesarios apuntes en el epígrafe anterior sobre la nueva Ley de Transparencia, cabría ahora ampliar esta catalogación del régimen jurídico de la cuestión que nos ocupa, señalando el que podríamos denominar «régimen jurídico del gobierno abierto». A mayor abundamiento, hemos querido poner el foco en la administración local por las distintas razones que se han venido exponiendo, que en esencia se basan en la consideración de los ayuntamientos como el nivel de gobierno más próximo y relacional. Cabe analizar pues cuál es el régimen jurídico del gobierno abierto municipal. Decíamos que la Ley de Transparencia representaba un hito en el ordenamiento jurídico estatal, pero desde luego no es una norma aislada en el contexto normativo que afecta al territorio nacional, en el que nuevamente cabría referirse al ámbito supra –Derecho internacional y Derecho europeo– e infraestatal –legislación autonómica y ordenanzas locales–.

Debemos pues citar algunas normas que podríamos denominar «de gobierno abierto» y que desde luego afectan a la administración local. Lo cierto es que podríamos empezar por la propia Constitución, como norma fundamental que como hemos expuesto recoge los derechos de participación democrática y de acceso a archivos y registros, y continuar por las leyes administrativas y las del régimen local que regulan distintos mecanismos de participación, pero nos ceñiremos, por razones de espacio, a las más específicas. A saber:

- Directivas europeas, la más reciente de las cuales es la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público.
- Leyes estatales:
  - Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

- Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Leyes autonómicas:
  - Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto.
  - Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.
- Ordenanzas y reglamentos municipales.

Respecto de la normativa sobre régimen local, sin duda regula lo que hemos dado en denominar «gobierno abierto local», ya a que la regulación de los mecanismos clásicos de participación, se une la reforma de la LBRL operada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) –ley, recordemos, que es casi simultánea a la de transparencia y está dictada por tanto exactamente en el mismo contexto–. El vigente artículo 70 bis.3 de la LBRL (introducido en este caso por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local) establece literalmente:

«... las entidades locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas. Las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares colaborarán con los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado suficiente el deber establecido en este apartado».

Sin duda puede el citado precepto considerarse el antecedente directo del nuevo epígrafe ñ del artículo 25.2 de la LBRL que incorpora la LRSAL, según el cual corresponde a los ayuntamientos *la promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*. Como vemos ambos preceptos son similares –mejor curiosamente el texto de 2003–, siendo la principal novedad la ubicación, por primera vez, en el artículo que lista las competencias municipales<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Otra aportación es la adición de los términos «eficiente» y «sostenible», en nuestra opinión un tanto recurrente (son «muy *smart city*») y no sabemos si incluso innecesaria, ya que el uso de las TIC por definición es eficiente y sostenible y no sabemos de qué manera puede promocionarse su mayor eficiencia (acaso no abusando de las comunicaciones electrónicas solo porque sean rápidas y gratuitas) y sobre todo su mayor sostenibilidad. Lo que sí debe promocionarse la administración, y en este caso no hubiera estado de más en el precepto, es el uso «legal y responsable» de las TIC, algo que ya exige la LSSI.

Dicho esto, lo cierto es que la redacción del nuevo inciso no entusiasma y podríamos matizar mucho al respecto, de modo que sin dudar de la buena voluntad del legislador, como mínimo resulta...

... Evidente que el nuevo epígrafe no atribuye directamente a los municipios, como algunos piensan, la competencia sobre administración electrónica sino una relacionada con la promoción del uso de las TIC. Para demostrar que no es un olvido, el legislador atribuye aquella competencia a las diputaciones en el artículo 36, lo cual a su vez plantea otros problemas que en este momento no procede abordar.

... Algo confuso el término participación –¿se refiere a la clásica participación de los ciudadanos en los asuntos públicos o como reza literalmente a la participación en el uso de las TIC<sup>8</sup>, digamos «genéricamente»? (es decir, que el ayuntamiento en este punto fomenta el desarrollo de la sociedad de la información)–. En nuestra opinión, hablando de ayuntamientos más bien cabe relacionar participación y gobierno abierto, pero sin duda una administración pública debe fomentar ambas cuestiones, las cuales por otra parte son parientes cercanas.

... Y muy curioso que esa acción de fomento o promoción se deba ceñir al «término municipal», algo que es directamente imposible si hablamos de internet. Precisamente el sentido (y la utilidad) del uso de las TIC es el de facilitar las relaciones a distancia, además de que evidentemente se pueden relacionar con el ayuntamiento sus ciudadanos –que se pueden hallar o no en el término municipal– o también terceras personas, como por ejemplo empresas licitadoras que muchísimas veces tampoco tienen su sede en el término municipal. Por ejemplo, si se fomenta la factura electrónica en buena lógica la medida trascenderá el ámbito territorial del municipio. Suponemos que es un pequeño desliz derivado de la inercia legal de subsumir todas las acciones y competencias municipales al término municipal –esto es una regla general pero tiene excepciones–, y también un tanto por desconocimiento o al menos por falta de costumbre por parte del legislador en la regulación de estos temas.

En cualquiera de los casos, una buena solución interpretativa es entender el artículo 70 bis.3, que es bastante completo, como desarrollo o complemento del epígrafe del artículo 25, lo cual tiene sentido, en primer lugar porque se habla de municipios («especialmente» ellos), en segundo porque estamos hablando exactamente de la misma cuestión por lo que es natural relacionar ambos preceptos, y en tercero porque el propio 70 bis.3 es incluso más imperativo que el 25, teniendo una redacción más propia del 26 (servicios mínimos obligatorios) con el inequívoco «deberán». A nivel de contenido, no hay duda de su mayor claridad y amplitud material, ya que el impulso de las TIC («interactivo», por cierto otra evidencia) abarca las siguientes acciones:

---

<sup>8</sup> ¿Cómo se participa en el uso de las TIC? Suponemos que usando las TIC.

- Facilitar la participación de los vecinos.
- Facilitar la comunicación con los vecinos.
- Presentación de documentos.
- Realización de trámites administrativos.
- Realización de encuestas.
- Realización de consultas ciudadanas.

Como vemos, alguna de estas acciones entran dentro de la participación ciudadana (gobierno abierto) y otras son *scriptu sensu* «administración electrónica», pero al menos no cabe duda de la cobertura legal de ambas, además en leyes generales, como la Ley de Transparencia o la de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAESP), en la legislación específica sobre régimen local.

Por último, respecto del artículo 70 bis.3, también es significativa la referencia de la Ley de 2003 a las diputaciones, cabildos y consejos, cuyo paralelismo con las normas posteriores en este caso es doble: en primer lugar tenemos que en este punto se reproduce casi literalmente en la disposición final tercera.4 de la LAESP, y en segundo lugar, volviendo a la LRSAL, vemos que conecta totalmente con las competencias de las reforzadas diputaciones. Como conclusión, tenemos que además de la Ley de Transparencia también ha sido recientemente aprobada la LRSAL, por lo que, junto con otras normas recientes, o inminentes, reguladoras del llamado «gobierno abierto», estamos en disposición de afirmar que tenemos base jurídica para implantar el mismo en los municipios españoles. En realidad siempre la hemos tenido.

En efecto, históricamente la legislación sobre régimen local ha venido regulando ampliamente la participación ciudadana tanto a nivel organizativo como funcional, legislación que podía –y debía– completarse con una ordenanza o reglamento de participación. En cuanto a la articulación de la participación ciudadana a través de las TIC, tampoco es una novedad y de hecho hace más de una década que se recoge en la norma. Hemos visto como el artículo 70 bis.3 de la LBRL une y vincula el impulso de la utilización de las TIC con el fomento de la participación y la comunicación a los vecinos, y también lo defiende como medio para la realización de encuestas y consultas ciudadanas –sin perjuicio de su utilidad para la realización de trámites administrativos–.

El propio nuevo epígrafe ñ del artículo 25.2 de la LBRL identifica la competencia municipal con la promoción de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las TIC. Ya hemos mencionado que no se nos antoja claro el sentido exacto del inciso, pero desde luego se puede interpretar en el doble sentido referido, abogando por una muy defendible interpretación lo más amplia posible, y que abarcaría:

- La participación ciudadana a través de las TIC, no solo como medio más ágil en la tramitación administrativa sino como medio para el ejercicio del derecho demo-

crático de participación en los asuntos públicos, de forma coherente con el artículo 70 bis.3, que tal y como hemos dicho en este sentido lo complementa.

- La participación ciudadana en el desarrollo de la sociedad de la información, siendo la administración en este caso la supervisora de que el uso de las TIC por parte del ciudadano sea legal, eficiente, sostenible, e incluso correspondiendo a la administración en la medida de sus posibilidades eliminar la brecha digital, a fin de universalizar los servicios de la red. La propia Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI) y su modificación posterior (la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información) establecen ciertas obligaciones de las administraciones públicas en cuanto a la información, difusión, accesibilidad y protección de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información.

Sea como fuere vamos a parar al mismo sitio. Decíamos que el gobierno abierto (*open government*), bien articulado, está muy cerca de la verdadera democracia, y la democracia moderna no es otra que la participativa, la legitimada día a día y no cada cuatro años, la del empoderamiento ciudadano. No parece por tanto que precisamente los ayuntamientos tengan otro futuro democrático que el que basado en el gobierno abierto. Habla la LRSAL de «competencias propias». No sabemos si esta, el gobierno abierto, viene implícita en la referida letra ñ, o en el 70 bis, o en el mismo artículo 1 de la LBRL cuando define lo que es un municipio... Lo que sí podemos decir es que, desde el punto de vista social y democrático, es tan propia y obligatoria como la que más.

Pero esta transparencia conlleva una mayor exposición de los datos que también nos obliga a estudiar otra normativa: la de la protección de los mismos como contrapeso a su «apertura». Este no es un tema nuevo; la libertad de expresión siempre ha estado modulada constitucionalmente por el derecho a la intimidad (arts. 18.4 y 20.4 de la Constitución). Para el desarrollo de esta cuestión debemos volver a la Ley de Transparencia.

## 4. DATOS ABIERTOS VERSUS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

### 4.1. EL EQUILIBRIO DE DERECHOS COMO PRINCIPIO RECTOR «DESEABLE»

Los lindes en los casos de posible colisión de derechos es un tema especialmente delicado cuando se trata de derechos constitucionalmente reconocidos. Lo correcto es intentar el equilibrio entre ellos y solucionar los puntos de contacto y no ver su posición como un conflicto sino como una situación de equilibrio deseable que se ha de resolver desde la ponderación. Ello sin perjuicio de que la ponderación aplicada al caso concreto supondrá que un derecho deberá «ceder» finalmente ante el otro.

Los conflictos entre el derecho de acceso a la información y otros derechos son habituales pero el que se plantea de forma más habitual y que es objeto de este apartado es el relacionado con el derecho a la protección de datos. Así se ha puesto de relieve por determinadas institu-

ciones<sup>9</sup> y así también lo refleja el hecho de que la propia Ley de Transparencia dota de un tratamiento especial y «separado» al derecho a la protección de datos como límite al derecho a la información (tanto en su vertiente activa como pasiva).

A pesar de lo anterior y aunque ambos derechos (derecho de acceso a la información y derecho a la protección de datos) estén reconocidos constitucionalmente, las dudas respecto de la conceptualización del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, el mayor desarrollo legislativo del derecho a la protección de datos, y –sobre todo– el diferente rango normativo que se les ha dado (orgánico en un caso y básico en el otro) suponen –como acertadamente se ha dicho– «situar al derecho de acceso a la información pública en una posición claudicante frente al derecho a la protección de datos personales»<sup>10</sup>. Lo cierto es que en numerosas ocasiones (justificadamente en unas e injustificadamente en otras) se ha utilizado la protección de datos para denegar el acceso a la información.

Tanto es así que ha habido pronunciamientos tanto doctrinales como de autoridades (que citan FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ)<sup>11</sup> que hacen referencia a esta situación de desequilibrio.

Por un lado el propio Defensor Europeo de Protección de Datos en un interesante documento<sup>12</sup> titulado ya de forma reveladora «El mal uso de las normas para la protección de datos en la Unión Europea» ha sostenido que «la Comisión Europea utiliza la protección de datos como justificación para incumplir una resolución del Parlamento Europeo» y también que «estas reglas están siendo empleadas para socavar el principio de transparencia en las actividades públicas».

Por otro lado, y ya en nuestro país, el propio director de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en su comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados para informar en relación con el Proyecto de Ley de Transparencia realizaba estas manifestaciones<sup>13</sup>: «La aprobación de este proyecto de ley no solo tendrá efectos positivos para la transparencia, sino que también los tendrá para la protección de datos, porque pondrá término a una práctica relativamente frecuente, consistente en invocar indebidamente, sin fundamento y sin consultar a la agencia la protección de datos para denegar el acceso a determinadas

<sup>9</sup> Así se pone de manifiesto en el informe extraordinario de marzo de 2012 del Sindic de Greuges de Catalunya denominado «El derecho de acceso a la información pública» y accesible en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3151/Informe%20acceso%20informacion%20publica.pdf> en el que se dice: «El supuesto más frecuente se plantea cuando la Administración deniega el acceso a la información porque los documentos solicitados contienen datos personales».

<sup>10</sup> Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.ª: *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pag. 11.

<sup>11</sup> Vid. la nota al pie de página 34, pág 15 de la obra de estos autores ya citada.

<sup>12</sup> El informe es accesible a través de la siguiente URL: [http://www.ombudsman.europa.eu/es/cases/correspondence\\_faces/es/3538/html.bookmark](http://www.ombudsman.europa.eu/es/cases/correspondence_faces/es/3538/html.bookmark)

<sup>13</sup> Se puede acceder a la comparecencia íntegra a través del siguiente enlace: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/comparecencias/common/Comp\\_Transp\\_2013\\_def.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/comparecencias/common/Comp_Transp_2013_def.pdf)

informaciones, lo cual ha contribuido a generar en la opinión pública una errónea percepción de que la protección de datos constituye un obstáculo a la transparencia».

Y por último, y en el ámbito autonómico, cabe destacar las afirmaciones del Síndic de Greuges de Cataluña (Defensor del Pueblo en el ámbito catalán): «La protección a la intimidad (...) que genera buena parte de las denegaciones de acceso y que a menudo se aplica de forma abusiva, partiendo de una configuración absoluta del derecho a la intimidad, como instrumento para evitar facilitar información pública que debería ser accesible»<sup>14</sup>.

## 4.2. EL EQUILIBRIO ENTRE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PRIVACIDAD EN LA PUBLICIDAD ACTIVA

### 4.2.1. Introducción

La publicidad activa impone la publicación de forma periódica y actualizada de cierta información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad de la organización relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. Determinada información que es obligado publicar no plantea problemas desde la óptica de la protección de datos (como sucede por ejemplo con cierta información económica, estadística, etc.) aunque es posible que sí que los plantee porque contenga otros activos que merezcan protección.

Para analizar la posibilidad de publicar información hay que acudir en primer lugar a los principios generales (art. 5 de la Ley de Transparencia) que aportan las reglas que determinan el modo de proceder:

1. En primer lugar –y como es lógico– se indica que se deben respetar «los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14» de la propia Ley de Transparencia<sup>15</sup>. Es obvio puesto que si la entrega de información a personas concretas tiene dichos límites, con mayor motivo los deberá tener cuando se realice «en abierto» por medio de la publicación.
2. Y además –se añade– «especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal».

<sup>14</sup> Palabras del Síndic de Greuges de Cataluña en el Informe ya mencionado anteriormente.

<sup>15</sup> Estos límites son: la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente.

Pero en relación con la publicación de información que contenga datos personales solo aporta una regla de ponderación: «cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los mismos».

#### 4.2.2. Reglas de ponderación

A la vista de que la disociación de datos especialmente protegidos es la única regla explícitamente establecida analicemos a continuación cuáles pueden ser todas las reglas a seguir para la publicación de información que contenga datos personales, estén especialmente protegidos o no. Veámoslas:

##### 1. Disociación de la información que contenga datos especialmente protegidos

Como hemos visto, la regla establecida expresamente se refiere a la necesidad de disociación de los datos especialmente protegidos que se publiquen. Por tanto, lo primero que habrá que preguntarse es: ¿cuáles son los datos especialmente protegidos?

Los datos especialmente protegidos son los que indica el artículo 7 de la LOPD. Dichos datos son:

- a) Datos sobre la ideología, afiliación sindical, religión y creencias.
- b) Datos relativos a la salud<sup>16</sup>, origen racial o étnico y vida sexual.
- c) Datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.

Por tanto, dichos datos no pueden publicarse y habrán de disociarse.

Especialmente importante es conocer qué hay que entender por disociación. El Real Decreto 1720/2007 (en adelante, RDLOPD) recoge el concepto de dato disociado [art. 5.1 e)] como «aquél que no permite la identificación de un afectado o interesado». Pero la AEPD ha sostenido un concepto «exigente» de disociación<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> El artículo 5.1. del Real Decreto 1720/2007 recoge el concepto de datos de salud:

g) Datos de carácter personal relacionados con la salud: las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética.

<sup>17</sup> Véase el informe de la AEPD 0352/2011 accesible a través de la siguiente URL [http://www.agpd.es/porta/webAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/ambito\\_aplicacion/common/pdfs/2011-0352\\_Fragmentaci-oo-n-de-registros-de-un-fichero.-No-constituye-un-procedimiento-de-disociaci-oo-n..pdf](http://www.agpd.es/porta/webAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/ambito_aplicacion/common/pdfs/2011-0352_Fragmentaci-oo-n-de-registros-de-un-fichero.-No-constituye-un-procedimiento-de-disociaci-oo-n..pdf) en el que se indica: «De este modo para que un procedimiento de disociación pueda ser considerado suficiente a los efectos de la Ley Orgánica 15/1999, será necesario que de la aplicación de dicho procedimiento resulte imposible asociar el dato o datos de que se disponga a un sujeto determinado. Esta Agencia ha venido señalando que para ello será preciso que no exista la posibilidad, incluso remota, de que, mediante la utilización, con carácter previo, coetáneo o posterior de cualquier medio (proceso infor-

Si publicamos los datos de forma disociada no nos encontramos ante una comunicación de datos personales y no serán aplicables –por tanto– las reglas para la comunicación de datos que dispone el artículo 11 de la LOPD<sup>18</sup>.

## 2. La ponderación en la publicación de información con datos personales que no sean especialmente protegidos

Pero obviamente es posible que haya que publicar información que contenga datos personales que no estén especialmente protegidos. En dicho caso la ley no establece reglas expresamente.

Lo primero que debemos hacer es entender qué debemos entender por datos de carácter personal. No es una cuestión baladí puesto que en ocasiones se publica información que contiene datos personales sin saber que ello es así. Ello se debe a que el concepto de dato de carácter personal no es un concepto siempre «sencillo». Son datos personales «Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables»<sup>19</sup>. El problema se plantea porque hay determinada información que no identifica directamente a las personas pero que sí que las puede hacer identificables. Algunos supuestos «históricos» en los que la AEPD se ha pronunciado indicando que son datos de carácter personal se refieren al número de finca registral<sup>20</sup>, el DNI<sup>21</sup>, la matrícula de un coche<sup>22</sup>, etc. Es decir, se trata de supuestos que constituyen *per se* datos de carácter personal aunque no figure al lado o conjuntamente los datos identificativos como por ejemplo el nombre y apellidos de la persona.

También hay que tener en cuenta que el RDLOPD en su artículo 2 contempla otros supuestos a los que no es de aplicación la legislación sobre protección de datos: personas fallecidas, au-

---

mático, programa, herramienta del sistema, etcétera), la información concerniente a los afectados por el tratamiento de datos, que obre en poder del consultante, pueda revelar su identidad».

<sup>18</sup> El apartado 6 del artículo 11 de la LOPD dispone: «Si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores».

<sup>19</sup> *Vid.* el artículo 5.1 f) del RDLOPD.

<sup>20</sup> Sobre el carácter de datos de carácter personal de la finca registral véase el siguiente informe de la AEPD: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/ambito\\_aplicacion/common/pdfs/2010-0034\\_El-n-uu-mero-de-finca-registral-es-un-dato-identificable.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/ambito_aplicacion/common/pdfs/2010-0034_El-n-uu-mero-de-finca-registral-es-un-dato-identificable.pdf)

<sup>21</sup> Sobre el carácter de datos de carácter personal del DNI o NIF véase el siguiente informe de la AEPD: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/conceptos/common/pdfs/2008-0334\\_La-creacion-de-una-base-de-datos-en-la-que-si-oo-lo-aparezca-el-DNI-o-el-NIF-queda-sometida-a-toda-la-normativa-de-Proteccion-de-Datos.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/conceptos/common/pdfs/2008-0334_La-creacion-de-una-base-de-datos-en-la-que-si-oo-lo-aparezca-el-DNI-o-el-NIF-queda-sometida-a-toda-la-normativa-de-Proteccion-de-Datos.pdf)

<sup>22</sup> Sobre el carácter de datos de carácter personal de la matrícula de un coche véase el siguiente informe de la AEPD: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/conceptos/common/pdfs/2006-0425\\_Matricula-de-vehiculos-y-concepto-de-dato-de-caracter-personal.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/conceptos/common/pdfs/2006-0425_Matricula-de-vehiculos-y-concepto-de-dato-de-caracter-personal.pdf)

tónomos, etc<sup>23</sup>. Por tanto, una vez hayamos excluido dichos supuestos y viendo que sí que nos encontramos ante información que contiene datos personales, es donde entrará en juego la tarea de ponderación. Esta habrá de realizarse caso por caso y en primera instancia el órgano encargado de publicarla. Para realizar dicha ponderación existe un histórico de informes y resoluciones de la AEPD y sentencias, algunos de los cuales creemos que quizá se mantengan pero otros cambiarán de sentido a raíz de los cambios que la Ley de Transparencia ha supuesto y que después se mencionan. Pero lo importante es disponer de criterios. Una resolución especialmente interesante es la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 8 de febrero de 2012 que trae su causa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 24 de noviembre de 2011, por la que se resuelven las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS y que ha ampliado el catálogo de supuestos que legitiman el tratamiento de datos personales.

La STS de 8 de febrero de 2012, que resuelve el procedimiento judicial en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta por aquella STJUE, anula el artículo 10.2 b) del RDLOPD que no contemplaba el interés legítimo como causa legitimadora para el tratamiento. El interés legítimo ya ha sido aplicado por el TSJUE en asuntos como el Volker vs. Markus Scheke de 9 de noviembre de 2010 en el que se disponía que «no cabe atribuir una primacía automática al objetivo de la transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal», debiendo por tanto ponderarse equilibradamente intereses en conflicto en cada caso. Y también ha sido aplicado por la AEPD<sup>24</sup> en un Informe sobre divulgación pública por los ayuntamientos de los datos contenidos en el fichero de facturas remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas<sup>25</sup>.

Nuestra interpretación –derivada de todo lo anterior– es la siguiente: La regla general para el tratamiento (y la comunicación de los datos como una forma de tratamiento) es la necesaria existencia de consentimiento, disponer de interés legítimo y el respeto a los derechos y libertades del interesado. Pero hay una serie de excepciones a la necesidad de consentimiento básicamente relacionadas con la existencia de una habilitación legal, de una relación jurídica o que se trate de datos contenidos en fuentes accesibles al público.

- 
- <sup>23</sup> a) A los datos de personas fallecidas.  
b) Tampoco será de aplicación a los datos de personas jurídicas.  
c) Ni a los ficheros que «se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquellas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales».  
d) Y tampoco a «los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros».
- <sup>24</sup> Puede accederse al citado informe en la siguiente URL: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/common/pdf\\_destacados/2012-0119\\_Publicaci-oo-n-en-Internet-de-datos-de-los-contratistas-relativos-a-deudas-de-los-Ayuntamientos.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdf_destacados/2012-0119_Publicaci-oo-n-en-Internet-de-datos-de-los-contratistas-relativos-a-deudas-de-los-Ayuntamientos.pdf)
- <sup>25</sup> En el mismo se tenía también en cuenta la Sentencia del TJUE citada pero llegando a una conclusión favorable a la publicación porque en este caso el legislador sí había establecido criterios de ponderación, permitiendo con carácter general la publicación de información agregada y garantizando por otro lado el derecho del acreedor a comprobar su inclusión en lista, incluyendo para el acceso el NIF/CIF y otros datos como el número o el importe de la factura.

Entonces: cuando no haya una habilitación legal o una relación jurídica, ¿es siempre necesario que los datos consten en una fuente accesible al público? La STJUE aclara que no es necesario. Pero sí que será necesario siempre que exista un interés legítimo y que se respeten los derechos y libertades del interesado. Para ver si ello se cumple se exige la realización de la citada ponderación. No obstante, la citada ponderación no es novedosa. Siempre se ha exigido por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>26</sup>. A nuestro entender el problema (en materia de protección de datos) es que la AEPD históricamente hubo épocas en que «no ponderó», después empezó a ponderar «a veces» y ahora se le está diciendo que deberá ponderar «siempre».

La casuística es y será variada. De ella resultará en ocasiones que no será posible publicar la información que contenga datos personales pero en otras la propia información con datos personales es la que permite que el derecho de información sea efectivo en tanto en cuanto conocer a las personas que han participado es parte sustancial de la información a ofrecer.

¿Y si finalmente de dicha ponderación resulta que no se pueden publicar los datos? ¿Deberá no publicarse la información? Entendemos que si afectara a la protección de datos antes de denegarla se deberá estudiar si el acceso parcial o el acceso anónimo (mediante la disociación de los datos) permitiría satisfacer la petición de acceso sin vulnerar el derecho a la protección de los datos personales.

#### 4.3. DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En este punto, y antes de adentrarnos en el análisis del derecho e acceso a información pública, hemos de aclarar que no nos vamos a referir al acceso por parte de los propios interesados o titulares de los datos cuando solicitan acceder a sus datos de carácter personal. En ese caso se trata del derecho de acceso que es uno de los derechos que regula la LOPD y desarrolla el RDLOPD y que ejercita el propio interesado respecto de sus datos no respecto de la información pública. Nos vamos a referir a las reglas y límites en el acceso a información pública.

El capítulo III de la Ley de Transparencia configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública y como dice la exposición de motivos, «Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos».

Son diferentes los sistemas de ponderación existentes pero sí que es común en derecho comparado utilizar los siguientes mecanismos<sup>27</sup> que también cita la Ley de Transparencia: el test del daño

<sup>26</sup> Algunos ejemplos son los siguientes: SSTC 204/2001, de 15 de octubre; 20/2002, de 28 de enero; STC 297/2000; STC 185/2002, de 14 de octubre; 127/2003, de 30 de junio; STC171/1990.

<sup>27</sup> Un interesante artículo en el que se abordan todos estos conceptos con una visión crítica sobre el test del interés público, aunque desde la óptica del ordenamiento chileno se puede ver en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100012&script=sci\\_arttext#footnote-32945-20](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100012&script=sci_arttext#footnote-32945-20)

y de interés público superior en la difusión, el del principio de proporcionalidad y de la necesidad de ponderar, caso por caso, los dos derechos para determinar cuál debe prevalecer y con qué alcance.

A la hora de analizar los límites al ejercicio del derecho a la información nos encontramos con la existencia de dos tipos de límites: por un lado los límites explícitos; y por otro lado las causas de inadmisión (a las que tomando una expresión de Ana MARZO) hemos denominado «límites encubiertos». Analicemos unos y otros.

1. Los límites explícitos son los que indica el artículo 14 de la ley. Ya los hemos mencionado porque también se contemplan como límites a la publicidad activa.

La única regla que dispone el articulado es la referida a que «la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».

Una opción que concede la ley (art. 16), cuando la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, es conceder el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite «salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido». Caso de proceder así «deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida».

En relación con el acceso a información que contenga datos personales el artículo 15 de la ley establece las reglas a seguir y contempla diferentes escenarios en función de la tipología de los datos tratados:

- 1.º Por un lado se refiere al caso de que la información contenga datos especialmente protegidos. En este caso distingue dos supuestos:
  - a) Por un lado cuando se trate de datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la LOPD (datos de ideología, afiliación sindical, religión y creencias), en cuyo el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso y por escrito del afectado. Se exceptúa el supuesto en el que el afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.
  - b) Por otro lado si se trata de los datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la LOPD (datos que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual) o de datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor, solo se podrá autorizar el acceso si se dispone del consentimiento expreso del afectado o si el acceso está amparado por una norma con rango de ley.

Estamos ante un cambio «interesante» respecto de la doctrina que la AEPD venía teniendo en relación con el régimen de comunicación de datos sensibles.

La doctrina de la AEPD plasmada en numerosas resoluciones (de la que extractamos una a modo de ejemplo)<sup>28</sup> venía siendo la siguiente:

«Respecto al tratamiento y comunicación de datos de carácter personal, cuyo régimen aparece recogido con carácter general en los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999, se encuentra, por vía de excepción, sometido a particulares restricciones en lo que a los datos de salud respecta, por el artículo 7 de la citada Ley Orgánica, cuyo apartado 3 establece como regla general que "Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente". Esta regla únicamente es matizada por la Ley Orgánica en sus artículos 7.6 y 8. {...} La Agencia Española de Protección de Datos ha puesto reiteradamente de manifiesto que la aplicación del artículo 7.3 implica, por mor del principio de especialidad, determina la imposible aplicación a los datos referidos en el mismo de cualquiera de las causas legitimadoras de cesión in consentida previstas en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica, quedando limitados los supuestos habilitantes del tratamiento y cesión de estos datos a los establecidos en la norma especial o a aquellos en los que la norma general se refiere expresamente a tales datos [como sucede en relación con los datos de salud en el art. 11.2 f)] de la Ley Orgánica 15/1999).

Lo anteriormente señalado nos lleva a afirmar que si la publicación de los beneficiarios con el DNI, si se refieren o aparecen datos de salud de estos, deberá constar el consentimiento expreso para su publicación».

El cambio en relación con los datos del artículo 7.2. de la LOPD es el hecho de añadir la excepción consistente en que el afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso. Se trata de una aplicación de la doctrina de los actos propios.

En relación con los datos del artículo 7.3. y datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor, el cambio se refiere a permitir el acceso sin consentimiento si el acceso está amparado por una norma con rango de ley. No estamos ante una

<sup>28</sup> Como ejemplo de esta doctrina véase la siguiente resolución de la AEPD: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal/documentacion/informes\\_juridicos/cesion\\_datos/common/pdfs/2010-0027\\_Comunicaci-oo-n-del-listado-de-los-beneficiarios-de-la-acci-oo-n-social.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal/documentacion/informes_juridicos/cesion_datos/common/pdfs/2010-0027_Comunicaci-oo-n-del-listado-de-los-beneficiarios-de-la-acci-oo-n-social.pdf)

modificación legal sino ante una «una aclaración interpretativa» operada por una norma legal.

- 2.º Por otro lado, si la información contiene datos personales que no estén especialmente protegidos, que sean meramente identificativos<sup>29</sup> y que estén relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, se concederá el acceso a información «salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida».
- 3.º Por último, si la información solicitada no contiene datos especialmente protegidos y no estamos ante los supuestos del apartado anterior, se concederá el acceso previa ponderación del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. La realización de la citada ponderación se efectuará de forma razonada y considerando los siguientes criterios que se indican:
  - a) El transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español<sup>30</sup>.
  - b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.
  - c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquellos.
  - d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

<sup>29</sup> El texto se refiere en este apartado a «datos meramente identificativos». Se ha dicho y es cierto que esta es una expresión más clara que los «datos nominativos», a pesar de tener un significado vulgar claro, no así el significado legal. Para entender qué son datos meramente identificativos, el nombre y apellidos, o las funciones o puestos desempeñados. Incluso la dirección postal o electrónica y el número de teléfono pueden tener tal carácter. Pero, reiteramos, dependerá del supuesto de hecho concreto y de las circunstancias a considerar, puesto que en algunos supuestos la revelación de estos datos sí pudiera suponer tal importante perjuicio.

<sup>30</sup> El apartado c) del artículo 57.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español establece que «Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos». Este segundo inciso del artículo ha sido interpretado por la AEPD en el sentido de que se trata de «cincuenta años en cualquier caso, desde la fecha del documento, sea conocida o no la fecha del fallecimiento».

Adicionalmente se contempla el recurso a la disociación de los datos para poder conceder el acceso.

2. Por otra parte, tal y como hemos comentado, se encuentran las causas de inadmisión o –como las hemos denominado– los límites encubiertos. A ellos se refiere el artículo 18 indicando en primer lugar que la resolución que no las admita a trámite deberá hacerlo mediante resolución motivada. Los motivos que contempla como posibles son:

- a) Que se trate de información que esté en curso de elaboración o de publicación general.
- b) Que se refiera a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.
- c) Que se trate de información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.
- d) Que la solicitud se dirija a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente. En este caso el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud.
- e) Que la solicitud se manifiestamente repetitiva o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta ley.

## 5. IMPLANTACIÓN EFECTIVA EN LAS ORGANIZACIONES: PROPUESTAS A PARTIR DE CASOS DE ÉXITO. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

### 5.1. ACTUACIONES EN CUANTO A APERTURA DE DATOS, PORTALES *OPEN DATA*

Hablando de experiencias reales de gobierno abierto, observamos que las iniciativas de apertura de datos, esencialmente mediante la creación de portales de *open data*, son las que han conseguido un índice de éxito mayor entre las administraciones. Esto no significa que el éxito sea en todos los casos por igual y que todos hayan resuelto satisfactoriamente las problemáticas asociadas a la puesta en marcha de un proyecto de la importancia que tiene la apertura de datos. Problemas como el formato de publicación, el nivel de reutilización, el coste de la apertura de datos, el modelo de licenciamiento del uso de los datos o, incluso, la extensión de la iniciativa al mundo privado deben abordarse en algún momento.

A nivel internacional, nos encontramos con iniciativas muy interesantes en la apertura de datos como las protagonizadas por potencias mundiales de primer orden como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido; países de influencia anglosajona como Australia, Singapur o Nueva Zelanda; países de la Unión Europea como Noruega, Países Bajos o Francia; y otros no tan desarrollados como Kenia.

A nivel nacional, vemos que los distintos ministerios del Gobierno de España han avanzado a distintos ritmos y sin una hoja de ruta muy clara. MINETUR (Ministerio de Industria, Energía y Turismo) y MINHAP (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) han sido los ministerios más activos en cuanto a la apertura de datos como podemos observar en *datos.gob.es* y mediante proyectos como el proyecto APORTA, proyecto CartoCiudad o la apertura de datos catastrales.

También las diferentes comunidades autónomas han apostado por la publicación de portales específicos destinados a la apertura de datos. El más madrugador, y por ello seguramente el referente del resto de iniciativas, el Open Data Euskadi<sup>31</sup>. Otros proyectos, como Dades Obertes GenCat<sup>32</sup>, Open Data Navarra<sup>33</sup>, el Portal de Datos Abiertos de Castilla-La Mancha<sup>34</sup>, Portal de Datos Abiertos de Castilla y León<sup>35</sup>, Abert@s, el Portal Open Data da Xunta de Galicia<sup>36</sup>, Aragón Open Data<sup>37</sup>, o el Catálogo de Datos Abierto del Gobierno del Principado de Asturias, entre alguna otra. Precisamente este último fue pionero en la publicación de un portal de datos abiertos, siendo además el primero a nivel mundial compuesto por tecnología Linked Data (5 estrellas según Tim Berners-Lee).

A nivel de la administración local, no existen tantas referencias activas que una vez puestas en funcionamiento, estén constantemente abriendo nuevas fuentes de datos, actualizando las existentes y aportando valor añadido a las mismas. En este grupo encontramos ciudades como Barcelona<sup>38</sup>, Gijón<sup>39</sup>, Terrassa<sup>40</sup> o Zaragoza<sup>41</sup> (indicadas por orden alfabético). El resto de ini-

<sup>31</sup> <http://opendata.euskadi.net/w79-home/eu/>

<sup>32</sup> <http://www20.gencat.cat/portal/site/dadesobertes>

<sup>33</sup> <http://www.gobiernoabierto.navarra.es/es/open-data>

<sup>34</sup> <http://opendata.jccm.es/>

<sup>35</sup> <http://www.datosabiertos.jcyl.es/>

<sup>36</sup> <http://abertos.xunta.es/portada>

<sup>37</sup> <http://opendata.aragon.es/>

<sup>38</sup> <http://opendata.bcn.cat/opendata/ca>

<sup>39</sup> <http://datos.gijon.es/>

<sup>40</sup> <http://opendata.terrassa.cat/>

<sup>41</sup> <http://www.zaragoza.es/ciudad/risp>

ciativas están claramente desarrolladas «para cubrir el expediente», tanto por la calidad del dato abierto como por la cantidad, nivel de actualización o formato de apertura.

En todo caso, las políticas de apertura de datos son necesarias pero no suficientes. Es hora de optimizar esfuerzos con el objetivo de minimizar el impacto económico dentro de las organizaciones fruto de la puesta en marcha de una iniciativa que comporta, necesariamente, un cambio total en el modelo de gestión y el proceso de trabajo que, hasta la fecha, las administraciones públicas han practicado.

Tampoco podemos caer en el error de imputar a la estrategia de apertura de datos los costes de llevar a cabo un proceso de digitalización de la información. Por tanto, la publicación de información será una consecuencia más, secundaria incluso, de la ejecución de cualquier proceso de digitalización, re-ingeniería o actualización de cualquier proceso que se lleve a cabo.

¿Por qué es tan difícil abrir datos? Seguramente encontraremos muchas razones: no considerar prioritaria la iniciativa (más aún en momentos de recortes y crisis económica); no considerarlo un deber público; no disponer de recursos económicos, humanos o tecnológicos; falta de interés en mostrar los datos; poca demanda por parte de la sociedad; o, simplemente, no disponer de un plan o falta de estrategia.

Por otro lado, a nivel global queda claro que se ha hecho muy poco y se le ha puesto todo muy difícil al emprendedor o empresario interesado en usar los datos que se abren. Desde conjuntos de datos abiertos que solo están disponibles en alguna ciudad y no de manera generalizada, hasta conjuntos de datos existentes pero abiertos con formatos totalmente diferentes en función de la ciudad origen. Más complicado, imposible. Y es que no queda claro el modelo de reutilización de la información, y ante tal nebulosa, cada uno ha andado por donde ha querido o podido.

## 5.2. ACTUACIONES EN CUANTO A PORTALES DE TRANSPARENCIA

Los portales de transparencia, juntamente con los de *open data*, son la otra joya de la corona de las iniciativas de gobierno abierto. En este tipo de portales se publican los siguientes contenidos: información de carácter legislativo, información de carácter económico-financiero, e información institucional referente a los miembros del gobierno.

A nivel internacional, Estados Unidos<sup>42</sup> y Reino Unido<sup>43</sup> lideran, cómo no, las experiencias más relevantes. Otros gobiernos, como Brasil, Grecia, México o Chile disponen de iniciativas

---

<sup>42</sup> <http://www.whitehouse.gov/open>

<sup>43</sup> <https://www.gov.uk>

muy interesantes que han logrado cumplir las expectativas generadas y ser modelos referentes en distintos ámbitos (legislativo, económico e informacional).

Dejando de un lado la experiencia norteamericana y británica, destacamos como Brasil ha sido capaz de poner en marcha una Ley de Acceso a la Información que de alguna manera obliga a sus administraciones a hacer públicos los datos que soliciten los ciudadanos. El Estado brasileño, integrante de Open Government Partnership (OGP), diseñó el llamado Proyecto Brasil Transparente, destinado a dar soporte a los municipios en la tarea de implantar la citada Ley de Acceso a la Información. Los resultados son muy interesantes, desde Sao Paulo (talleres para *hackers*, consultas y participación activa de los ciudadanos en asuntos de la ciudad y con una concejalía específica para estos asuntos), Brasilia (la capital del Estado, con iniciativas destinadas a la construcción de herramientas que faciliten el acceso y comprensión de lo que se hace en el Parlamento), Minas Geráis, o la ciudad de Belém, donde un barco *hacker* recorre municipios del Estado con el fin de encontrar iniciativas que permitan aprovechar mejor los datos.

¿Y en España? Pues sobre el papel España está entre los países firmantes del OGP aunque, para empezar, destacaríamos que paradójicamente no han coincidido el fondo y la forma de la transparencia, ya que no se contó con un proceso participativo en la conformación del plan en gobierno abierto (solo participó el Gobierno) tal y como se exige, para rematar el proceso con una Ley de Transparencia que como hemos analizado presenta demasiados claroscuros. Por tanto, margen de mejora existe, y mucho.

A nivel de los ministerios del Gobierno de España, el MINHAP ha realizado un importante esfuerzo poniendo a disposición de los ciudadanos herramientas como el Portal de la Administración Presupuestaria y el Impacto Territorial de los Fondos de Inversión Social, entre otros. También, el Portal de Transparencia ha sido una herramienta importante para el Gobierno vasco, Generalitat de Cataluña, Gobierno de Cantabria, Gobierno del Principado de Asturias o Aragón.

También nos encontramos con ciudades como Barcelona, Santander, Terrassa o Zaragoza que lideran las iniciativas en el ámbito local, aunque el número de portales de transparencia se ha multiplicado este pasado 2013 de manera considerable, lo cual no debemos valorar necesariamente como un dato positivo. La mayoría de los contenidos que nos encontramos en estos portales, como ya indicamos anteriormente, hace referencia a la información económico-financiera de las distintas administraciones, una información que ya existía hasta la fecha en formato de documento y que gracias a la tecnología tenemos disponible mediante aplicaciones que nos facilitan la lectura y la comprensión de la misma. A nivel municipal quizá el verdadero valor añadido lo aporta, sobre todo, el portal de Zaragoza, y posiblemente en menor medida el de Terrassa.

¿Suponen las anteriores referencias que las solicitudes de información por parte de la ciudadanía se han visto correspondidas por parte de las distintas administraciones? Pues parece ser que no, y más bien al contrario. Según se desprende del informe de *Tuderechoasaber.es*, los resultados «son aún peores que los de 2012. En total, menos del 13 % de las preguntas obtuvo una respuesta correcta, un resultado que nos deja lejos, una vez más, de la sensibilidad y apertura

política del resto de países con plataformas similares. Y lo que es peor: más de la mitad de las solicitudes fueron completamente ignoradas una vez más». Recordemos que se habla mucho, y en sentido crítico obviamente, del «silencio negativo» que mantiene la Ley de Transparencia.

### 5.3. ACTUACIONES EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN. EL TALÓN DE AQUILES

A pesar de nuestras críticas y matices, podemos sin embargo decir que hasta este momento hemos dado las «buenas noticias». Decimos esto porque, desgraciadamente, cuando nos ponemos a revisar las iniciativas en el ámbito de la colaboración y la participación, es el momento en el que nos damos cuenta de que esta «moda» del gobierno abierto es «un sí pero no», no exactamente «un quiero y no puedo», sino más bien, y aunque no exista la expresión, un «quiero y no quiero».

A nivel internacional, Estados Unidos y Brasil usan herramientas como blogs o redes sociales como canales para potenciar la participación de los ciudadanos y su interacción con los miembros del gobierno. Queda claro que la tecnología ha facilitado, y mucho, la implantación de soluciones en el ámbito de la participación que hasta hace algunos años eran impensables, no ya tanto por la inexistencia de la tecnología sino más bien por el *gap* funcional y tecnológico a nivel de usuario de los ciudadanos (nos referimos a una brecha digital muy superior a la actual).

Así, países como Estados Unidos, Reino Unido o Canadá son asiduos en la realización de consultas específicas a la ciudadanía y, por tanto, entramos en un claro proceso de co-participación. Se trata, no lo olvidemos, de mecanismos previstos desde hace años en el ordenamiento jurídico español, por lo que su no realización en este momento –y en el pasado, quizá por medios no tecnológicos– es altamente criticable. También en estos países existen canales abiertos que facilitan la recepción de peticiones directas por parte de la ciudadanía donde, incluso en el caso de peticiones con un apoyo masivo, existe el canal para iniciar un estudio en profundidad de dichas peticiones –no confundir con nuestros «buzones electrónicos de sugerencias», que a lo sumo aspiran a ser la versión ligera de aquellos canales–. En todo caso, es en este sentido que podemos decir que el Gobierno de Estados Unidos es el mayor ejemplo de colaboración con la ciudadanía en la creación de proyectos conjuntos que den respuestas a problemáticas con indiferencia de la temática (incluso temas como la seguridad o sanidad, por citar dos ejemplos de sectores importantes). Ciertamente es que Estados Unidos tiene una tradición de *civil society* fuerte, pero también que la sociedad civil se desarrolla cuando se estimula su crecimiento.

Si buscamos ejemplos interesantes a nivel de ciudades, podemos aportar básicamente dos: por un lado, Porto Alegre (Brasil) en cuanto a ciudad referente en participación ciudadana, y por otro Chicago, como ciudad modelo en cuanto a implicación ciudadana para co-diseñar y co-implmentar servicios públicos.

En nuestro país, proyectos como Irekia en el País Vasco, el Observatorio para la Mejora de los Servicios Públicos en Andalucía, y los Presupuestos Participativos en Getafe, Sevilla o Te-

rrassa son algunos ejemplos concretos en el tiempo sin una continuidad en el mismo. Por último, Aragón Participa<sup>44</sup> es una excelente iniciativa destinada a la consulta pública, al igual que la de Madrid Participa.

## 6. CONCLUSIONES. LA IRREVERSIBILIDAD DEL DARWINISMO DEMOCRÁTICO

El *open government* se basa en la transparencia para llegar a la participación y la colaboración. Sobre «transparencia» lo más importante es ser consciente de que en la sociedad aparece un nuevo escenario tras la revolución de las TIC a principios del siglo XXI –más importante que la nueva ley, la cual por supuesto también debemos conocer–. Un gobierno que no rinde cuentas ante el ciudadano no está legitimado ante el mismo. Vemos en los medios como el poder judicial pide «papeles» a algunas administraciones, partidos y sindicatos que ya deberían estar publicados en internet. La mayoría de estos documentos finalmente no aparecen, o se pierden en un incendio. Que esto esté ocurriendo en España en este momento es como para bajar la cabeza, no por ser corruptos ya que la mayoría de los españoles no lo son, sino por haberlos colocado en las instituciones y no haber sido capaces de removerlos.

Cuando hablábamos de ejemplos, modelos y «casos de éxito», hemos comprobado que realmente, en España, la apuesta por el gobierno abierto acaba de empezar y su punto de inicio lo podemos situar en el nivel de las comunidades autónomas, básicamente, mientras que en el ámbito local, el que *per natura* hemos definido y defendido como el más propio e interesante, destacan esfuerzos aislados y heterogéneos en administraciones de algunas ciudades donde el tamaño provoca cierta relevancia en función de la importancia de la iniciativa. Esta es una mala noticia, porque si el gobierno abierto es, formalmente, el gobierno del futuro, y el gobierno local, merece, desde el punto de vista territorial y social, exactamente el mismo calificativo, esta asimilación ideal se separa totalmente de la disociación real, y viceversa. Deberíamos invertir esta tendencia.

No se entienda esta reflexión como una preferencia personal del nivel de gobierno local frente a otros, y mucho menos como la necesidad de que únicamente el gobierno municipal sea abierto, pues todos deben serlo. Sin embargo nuestro interés en las iniciativas de ámbito local es fácil de entender. Por un lado, como hemos visto, somos conscientes de que los ejemplos de gobierno abierto implantados se refieren más a niveles de gobierno supralocales (normalmente estatales y autonómicos), cuando realmente en lo municipal es donde se encontraría su verdadera carta de naturaleza y el contexto competencial, social y territorial lógico y connatural para implantar iniciativas de gobierno abierto. Por otro, la administración local, que es menos poderosa,

<sup>44</sup> <http://aragonparticipa.aragon.es/>

políticamente hablando, que la nacional y la autonómica, es, sin embargo, la base de la regeneración democrática de la sociedad, del servicio público y de la función pública.

Sin cambios en «el modo de hacer política» desde la administración local, creemos que los demás intentos de gobierno abierto están abocados al fracaso y es aquí donde en nuestra opinión radica precisamente la clave de su éxito: construir la democracia desde la proximidad, de abajo a arriba, de lo cercano a lo alejado. Este es exactamente el significado del principio de subsidiariedad contenido en los tratados. Y repetimos: el gobierno abierto, bien articulado, está muy cerca de la verdadera democracia. En resumen:

- *Open government* es un término de uso mundial (en el sentido idiomático, territorial y político), y es por esto, y no por un abuso de los anglicismos, por lo que realmente deberíamos llamarlo así. Los mejores ejemplos de *open government* los encontramos en América mientras que España (sus instituciones públicas) suspende claramente en su «gobierno abierto», si bien hemos visto que hay honrosas excepciones en nuestra administración, pocas en la administración local.
- La aprobación de la Ley de Transparencia es positiva, su contenido no tanto, y su *vacatio legis* en absoluto. Pero sobre todo: si no va acompañada de un cambio en el *modus operandi* público no servirá de nada, y ello porque el gran problema de la administración española es la corrupción, y una ley de nada sirve si se soslaya o simplemente no se cumple.
- Las TIC, y particularmente las redes sociales, están llamadas a cambiar el mundo, de hecho ya lo están haciendo.
- Esta realidad sin duda afecta al ordenamiento jurídico, no solo por la proliferación de nuevas normas que tratan, normalmente con retraso, de responder ante las nuevas tendencias (Ley de Transparencia, reformas del Código Penal a fin de incorporar delitos tecnológicos, leyes de administración electrónica), sino también dando nuevos criterios interpretativos a las leyes preexistentes. Empezando por la Constitución, que como cualquier norma, debe interpretarse en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3 del Código Civil).
- No obstante, y a pesar de ser democráticamente positivo por su gran aceptación y uso popular, este poder sociotecnológico es un arma cargada que no se nos debe disparar en el pie, y por eso, por un lado, la administración pública debe habilitar, ordenar y utilizar los nuevos mecanismos de participación de la manera jurídica y estratégicamente correcta. En cuanto al primer aspecto, preocupan cuestiones legales como la protección de datos o la seguridad de las comunicaciones.
- Por otro lado, y desde la óptica de los administrados, incluso la participación ciudadana tiene un límite, y es que no todo el mundo debe tener toda la información en todo momento para realizar todo tipo de intervención en lo público. El ciudadano no

lo necesita, ya que para la gestión profesional, para el día a día, ya dispone la administración de todo un aparato burocrático que, bien controlado por los técnicos y por supuesto también por los ciudadanos, tiene muchas posibilidades de ser eficiente.

- El *open government* viene avalado por razones fundamentalmente democráticas, como hemos expuesto a lo largo del presente trabajo, pero también por motivos de índole jurídica, ética, económica, social, tecnológica, y de eficiencia en la gestión. Todos estos aspectos justifican estos procesos de cambio en la forma de gobernar.
- Hablamos por tanto de una tendencia no solo necesaria o conveniente, sino imprescindible e inevitable, la siguiente fase sin duda en la evolución de la democracia, que es tanto como decir que es el siguiente hito en el Estado social y democrático de derecho. Este proceso evolutivo del cual somos testigos comenzó hace unos años, se está desarrollando en el momento presente, y se consolidará irreversiblemente en los próximos años. De los reflejos y permeabilidad que tengan los distintos gobiernos en relación con esta nueva realidad, depende su relegitimación democrática o su total obsolescencia.

## Bibliografía

Comparecencia del director de la AEPD ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados para informar en relación con el Proyecto de Ley de transparencia, URL: [http://www.agpd.es/porta/webAGPD/canaldocumentacion/comparecencias/common/Comp\\_Transp\\_2013\\_def.pdf](http://www.agpd.es/porta/webAGPD/canaldocumentacion/comparecencias/common/Comp_Transp_2013_def.pdf)

COVARRUBIAS CUEVAS, I. A. [2012]: «Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada», *Revista de Derecho* (Valparaíso), núm. 38, versión on-line, julio, URL: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100012&script=sci\\_arttext#footnote-32945-20](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100012&script=sci_arttext#footnote-32945-20)

EL BLOG DE TUDERECHOASABER.ES [2013]: «Silencio masivo de las instituciones en el año de la transparencia: Informe Tuderechoasaber.es».

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.<sup>a</sup> [2014]: *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Thomson Reuters Aranzadi.

*Informe del Defensor del Pueblo Europeo*, URL: <http://www.ombudsman.europa.eu/es/cases/correspondence.faces/es/3538/html.bookmark>

JIMÉNEZ ASENSIO, R. [2012]: «El proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su incidencia sobre las entidades locales, un primer análisis», *Revista CEMI*, núm. 16, julio-septiembre.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M.<sup>a</sup> y FERNÁNDEZ RAMOS, S. [2014]: *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters Aranzadi.

OBSERVATORIO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (ONTSI) [2011]: «Estudio sobre el conocimiento y uso de las Redes Sociales en España», URL: [http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/redes\\_sociales\\_documento\\_0.pdf](http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/redes_sociales_documento_0.pdf)

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP [2011]: «Declaración sobre Gobierno Abierto», URL <http://www.opengovpartnership.org/es/acerca-de/declaraci%C3%B3n-de-gobierno-abierto>

– [2011]: «Plan de Acción de Gobierno Abierto para Open Government Partnertship», URL: <http://www.opengovpartnership.org/countries/spain>

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. [2010]: «Una nueva libertad de expresión para una nueva sociedad», *Revista de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social*, núm. 82. septiembre-diciembre.

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA [2012]: «El derecho de acceso a la información pública», Informe extraordinario de marzo, URL: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3151/Informe%20acceso%20informacion%20publica.pdf>