

MÁSTER UNIVERSITARIO
Corrupción y Estado de Derecho



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

TRABAJO FIN DE MASTER
**CORRUPCIÓN, TRANSPARENCIA
GUBERNAMENTAL Y DERECHO DE ACCESO A
LA INFORMACIÓN: UN ANÁLISIS
COMPARATIVO DE LA LEY DE
TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA
INFORMACIÓN BRASILEÑA**

AUTOR
CLAUDIO DE CASTRO PANOEIRO

DIRECTOR
RAFAEL BUSTOS GISBERT

Salamanca, 2014

DEDICATORIA

Ofrezco este trabajo de fin de Máster a Dios y a la Santísima Virgen, que me han bendecido con innumerables oportunidades a lo largo de mi vida, permitiéndome comprender cada vez más el sentido de la existencia y de cada una de sus criaturas.

Dedico este esfuerzo a Jeane Esteves, mi esposa y compañera, quien ha estado a mi lado acompañándome en esta odisea española, brindándome en todo momento su apoyo para que yo pudiese completar este proyecto que es personal y profesional al mismo tiempo. Los frutos profesionales de esta empresa ya los recogeremos; en lo personal, ambos ya hemos crecido un poco más con la magnífica experiencia de haber vivido un tiempo en la centenaria ciudad de Salamanca.

También dedico el escrito a mis padres, Elson y Celina, ejemplos vivos de amor incondicional, que no han medido esfuerzos para que yo pudiera seguir estudiando, aunque las circunstancias de la vida hubiesen recomendado todo lo contrario. Bajo esa misma premisa, lo dedico también a Maria Lucia y a Cleide Queiroz, quienes trabajaron a diario y en silencio para que todo esto fuera posible. Finalmente, están mi familia, amigos y compañeros de trabajo quienes han creído en este proyecto, en especial el Abogado de la Unión André Mendonça, que para mí ha sido todo un desafío.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al director de este trabajo, Dr. Rafael Bustos Gisbert, por su disposición en ayudarme a lo largo de esta etapa y por contribuir de manera valiosa para que este esfuerzo pueda alcanzar un resultado satisfactorio. Agradezco también a los profesores del Máster en Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca, cuyas lecciones iluminarán mi trayectoria profesional. Agradezco especialmente a la Abogacía General de la Unión de Brasil, institución que ha

comprendido la necesidad de capacitación del Abogado Público brasileño y que ha creado las condiciones para que este proyecto se haga realidad.

Por último, agradezco a los funcionarios de la biblioteca Francisco de Vitoria de la Universidad de Salamanca por su disposición a ayudarme durante la elaboración de este trabajo, facilitándome libros y recursos tecnológicos que han sido de gran utilidad en mi labor investigadora.

RESUMEN

El objetivo fundamental de este trabajo es analizar los desafíos de la *Transparencia Gubernamental* en la lucha contra la Corrupción. Desafíos que resultan, primeramente, de los límites establecidos por las propias Leyes de acceso a la información, puesto que a cuenta de una decisión claramente política del Parlamento, se dejan por fuera del ámbito de incidencia de la norma a determinados actores que deberían hacer parte de la categoría de “sujetos obligados”.

Se trata de un obstáculo que no se circunscribe a los meros aspectos subjetivos de la ley, sino que también alcanza a otros elementos como el objeto y los órganos de fiscalización y control de la transparencia, que por regla general están adscritos a la estructura administrativa del Poder Ejecutivo, lo que les impide desarrollar sus funciones de manera independiente.

Al final, mi propuesta de *Lege ferenda* se puede resumir en la búsqueda del perfeccionamiento de la ley brasileña sobre esta materia, lo que puede lograrse mediante la incorporación de elementos que forman parte de las leyes de transparencia de otros países, que considero ofrecen mejores condiciones para la lucha contra la corrupción, siguiendo las recomendaciones sobre el tema hechas por Naciones Unidas.

ÍNDICE

DEFINICIÓN DEL PROBLEMA	9
METODOLOGÍA	11
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I	
1. La corrupción: elementos fundamentales	
1.1 La corrupción, un problema que recién comienza a tener interés científico	15
1.2 El concepto de corrupción como problema.....	19
1.2.1 <u>Concepto Amplio de Corrupción</u>	22
1.2.2 <u>Concepto restringido de corrupción</u>	24
1.2.3 <u>Concepto legal o jurídico-positivo de corrupción</u>	25
1.2.4 <u>Concepto político de corrupción</u>	27
1.2.5 <u>Nuestra definición</u>	31
1.3 Sujetos activo y pasivo de la corrupción	31
1.4 Elemento subjetivo	32
1.5 Objeto de la corrupción	39
1.6. Naturaleza de la corrupción	43
1.7 Corrupción como patología social.....	46
CAPITULO II.	
2. Transparencia gubernamental activa	
2.1 Origen	47

2.2	Concepto y naturaleza jurídica de la transparencia gubernamental.....	51
2.3	Ámbito de incidencia de la transparencia gubernamental	58
2.4	Sujetos obligados a la transparencia activa	64
2.5	Transparencia activa de los poderes públicos	65
2.6	Transparencia activa de las autarquías y fundaciones públicas en el régimen brasileño.....	68
2.7	Transparencia activa de las empresas públicas y sociedades mercantiles ..	72
2.8	Transparencia activa de las entidades privadas que reciben recursos públicos.....	74
2.9	La transparencia activa de los concesionarios y permisionarios de servicios públicos.....	82
2.10	Transparencia activa de los responsables políticos del Estado.....	85

CAPITULO III.

3. El deber de la publicidad activa

3.1	Objeto de la transparencia gubernamental	88
3.2	Criterio de la información solicitada con frecuencia	90
3.3	Información relevante o de interés colectivo y general	92
3.4	Información con repercusión económica.....	94
3.5	Información sobre la agenda de reuniones de los responsables políticos del Estado y titulares de altos cargos en la Administración Pública	100
3.6	Lugar de publicación de las informaciones.....	101
3.7	Forma de publicación.....	107
3.8	Control y responsabilidad de los funcionarios.....	110

3.9 Límites a la transparencia y el acceso a la información	114
3.10 Restricciones parciales	119

CAPÍTULO IV

4. El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva

4.1 Concepto y naturaleza	122
4.2 Sujeto activo y pasivo del derecho de acceso	123
4.3 Forma de presentación de la solicitud de información.....	129
4.4 Causas de inadmisión de la solicitud	133
4.5 Tramitación de la solicitud de acceso	137
4.6 Objeto del derecho de acceso	140
4.7 Trámite de la audiencia a terceros afectados	143
4.8 Respuesta a la solicitud.....	144

CONCLUSIONES	149
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	153
--------------------	-----

INDICE DE ABREVIATURAS

Art. – Artículo

BOE Boletim Oficial del Estado

CGU Controladoria Geral da União

CNEP - Cadastro Nacional de Empresas Punidas

CNUCC – Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

DOU Diário Oficial da União

GRECO Grupo de Estados contra la Corrupción

LAI Ley de acceso a la información

ONU Naciones Unidas

OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

OEA Organización de los Estados Americanos

OLAF Organismo Europeu de Luta Antifraude

EU Union Europea

STF- Supremo Tribunal Federal (Brasil)

TC - Tribunal Constitucional

TI - Transparencia Internacional

Vol.- volumen

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

La corrupción como fenómeno social es un mal omnipresente en todas las formas de organización humana y en todos los estadios de su evolución, sin embargo sólo hasta épocas recientes, con el concurso de los medios de comunicación, se le ha dado la importancia que merece como una tara que lastra nuestras sociedades. A diario nos llegan noticias informando que las autoridades de un determinado país han descubierto casos de corrupción en los que están implicados políticos, funcionarios públicos o empresarios que, abusando de su posición, obtienen una ventaja personal indebida. En general, esas noticias vienen acompañadas de cifras que pretenden transmitir al público la magnitud del perjuicio causado a las arcas públicas, y a menudo se habla de cantidades de dinero tan grandes que permitirían desarrollar innumerables proyectos sociales, económicos o de otra naturaleza, pero que no se han de implementar a causa de la pérdida de estos recursos públicos.

Tras conocer los efectos negativos de la corrupción, la ciudadanía comienza a clamar por el castigo a los responsables que, además de ser llevados a la cárcel, han de ser obligados a restituir todo aquello que sustrajeron del patrimonio público. Medidas éstas que, por regla general, son de incumbencia del Derecho Penal. De modo que, al tener conocimiento de este tipo de eventos, el hombre común exige del Estado respuestas que generalmente revisten la forma de normas o actuaciones punitivas, sin caer en la cuenta de que la solución no se encuentra necesariamente en el castigo o la apariencia de castigo que proclaman las medidas penales, ya que cada nueva prescripción de este tipo significa –en términos agregados– una pérdida de libertad individual para la sociedad en su conjunto.

Por esa razón, el objeto de este trabajo no es hacer un análisis dogmático de los delitos relacionados con el concepto genérico de “corrupción” (como pudieran ser el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación de fondos públicos o el peculado), tampoco se pretende hacer un recuento de las consecuencias jurídicas y sociales de estos ilícitos ni del tratamiento de los delincuentes, así como tampoco se analizarán aquí toda la variedad de medidas administrativas y constitucionales que podrían adoptarse en la lucha contra esta enfermedad. Todo ello excedería las intenciones de este escrito, que

modestamente pretende ceñirse al estudio de tan solo dos de las herramientas de prevención, la primera, es una de las medidas anticorrupción mencionada en la Convención de Mérida del año 2003: la *transparencia gubernamental*; la segunda, es el reverso necesario de esta obligación de transparencia activa: *el derecho de acceso a la información pública* por parte de los ciudadanos.

La famosa “transparencia” ha llegado a ser hoy tan mencionada como la propia corrupción, se trata de un término muy socorrido tanto en la prensa como en los discursos académicos y los de los organismos internacionales, y aunque suele calificarse como una medida imprescindible para combatir este mal, también ella se enfrenta a numerosas dificultades a la hora de cumplir sus objetivos. En ese entendido, la presente investigación se propone revisar los desafíos a los que se enfrenta la transparencia gubernamental ante el diseño de las normas legales que se ocupan del tema de la corrupción en países como Brasil, que será tomado aquí como caso central de estudio.

METODOLOGÍA

Por tratarse de la confrontación del régimen jurídico brasileño sobre la transparencia gubernamental con el de otros países, echaré mano del análisis comparativo, teniendo siempre presente como referencia a la doctrina y la jurisprudencia. Esto no quiere decir que aquí se vaya a seguir el llamado “método comparado”, cuyos pasos han sido ya bien definidos por la doctrina, especialmente la constitucionalista. Así las cosas, el núcleo de este escrito es el examen crítico de la «Ley de Transparencia y Acceso a la Información» de Brasil desde la perspectiva de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y de otras leyes de transparencia de varios países, tanto suramericanos como europeos. En este último caso, la recién aprobada «Ley de Transparencia y Buen Gobierno» de España se constituye -por su novedad- en una valiosa herramienta para este estudio. Como forma de ahondar en el debate, también se confrontará la ley brasileña con documentos supraestatales que tratan del tema de la *transparencia gubernamental* y del *derecho de acceso*, como la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y el Convenio N° 205 del Consejo Europeo sobre acceso a los documentos públicos.

En procura de elementos que contribuyan al debate, se recurrirá a la opinión de diversos estudiosos de los fenómenos de la corrupción, de la transparencia gubernamental y del derecho de acceso, y adicionalmente se enriquecerá el tema con comentarios sobre pronunciamientos de los tribunales de Brasil y España que resulten relevantes a este particular. Por último, se mostrarán algunos supuestos de hecho que buscan presentar de forma concreta cómo la transparencia gubernamental puede actuar en la lucha contra la corrupción, éstos también se muestran útiles a la hora de clarificar las ideas respecto de los enormes retos de la transparencia gubernamental.

INTRODUCCIÓN

El objetivo fundamental de este trabajo consiste en analizar los desafíos del deber de transparencia gubernamental a la hora de enfrentarse al fenómeno de la corrupción; para ello, se tomará como referencia la «Ley de Transparencia y Acceso a la Información» de Brasil. Esta norma, recientemente aprobada, tiene como propósito introducir a este país en una cultura de participación ciudadana en las decisiones gubernamentales, fomentando así el control social de las actuaciones del Estado, lo que implica fortalecer el respeto al derecho de los ciudadanos a acceder a la información respecto de las actuaciones de la Administración.

La corrupción es un fenómeno de ámbito global que ha afectado a todas las formas de organización humana conocidas. Ella ha logrado diseminarse a la vez por las estructuras de poder más sencillas y por las más refinadas y complejas. En nuestros días, gracias a la sofisticación de nuestras sociedades, los comportamientos corruptos adoptan formas tan variadas que el Derecho –como herramienta de control social- trata sin mucho éxito de seguir sus huellas. Comúnmente se piensa que la manera de hacerlo es a través de normas de naturaleza penal; pero la complejidad del fenómeno obliga a que las medidas tomadas por el Estado no se ubiquen sólo en el terreno del castigo y la represión de las conductas, sino también, y sobre todo, en el de la prevención. Esta tendencia ha quedado reflejada en la Convención de Naciones Unidas sobre este tema, un documento que prevé diversas herramientas de lucha contra la corrupción, muchas de ellas a cargo del derecho administrativo, como ocurre con la transparencia gubernamental.

En los diferentes Estados suele haber muchos órganos dedicados a luchar contra la corrupción: el Ministerio Público, las Contralorías, los Tribunales de Cuentas, la Policía y la Abogacía Pública; sin embargo, para combatir eficazmente este mal se requiere de la participación de otros actores que ayuden a detectar dónde se cometen actos ilícitos en perjuicios de la Administración Pública y de la sociedad. Los actores a los que me refiero, y que deben ser incorporados en la lucha contra la corrupción son los propios ciudadanos, la gente de a pie que, en defensa de sus propios intereses o por mera preocupación por el buen funcionamiento de las instituciones del Estado, ayude a fiscalizar los actos del poder público. Los ciudadanos tienen tanto la legitimación como la perspectiva para identificar irregularidades y comunicar las faltas a los órganos

encargados de perseguir y sancionar a los responsables de las malas prácticas. Pero el control ciudadano sobre la Administración Pública no puede desarrollarse en abstracto, sino que requiere de instrumentos concretos que permitan su ejercicio y dispongan las condiciones en la cuales éste pueda ser convertirse en un arma eficaz de la lucha contra la corrupción.

Una de estas armas es el principio de “transparencia gubernamental”, una previsión adoptada por muchos Estados desde la segunda mitad del siglo XX, y que ha venido materializándose en la forma de leyes de transparencia y acceso a la información en cada uno de ellos. La principal representante de estas leyes es la llamada *freedom of information act* de Estados Unidos, aprobada en el año 1966.

A pesar de que la incorporación de los ciudadanos en la lucha contra la corrupción es una acusada tendencia en el ámbito internacional, países como Brasil tardaron mucho para llegar a sancionar una ley que la implementase; sólo hasta el 18 de noviembre de 2011, tras la aprobación de la ley 12.527. Se trata de una normativa que, más allá de fomentar la participación ciudadana en los asuntos a cargo de la Administración, también crea condiciones para la fiscalización y control de los actos oficiales.

El análisis de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información de Brasil se hará desde la perspectiva de las medidas anticorrupción y de la defensa del derecho de acceso a la información. A este respecto, se identificarán las variadas influencias que han afectado a dicha norma, bien desde otras regulaciones nacionales bien desde la comunidad internacional, así como las debilidades de las que ella adolece, y la exposición de los motivos por los que éstas han de ser corregidas si se quiere que la ley esté en condiciones de cumplir el objetivo a que se propone. Así es que esta investigación tiene en cuenta la experiencia legislativa de otros países como Argentina, Chile, Colombia y España en el tema de la transparencia, así como de normas de rango supraestatal como la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información y el Convenio N°205 del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos. Estos documentos serán muy útiles en la elaboración de las propuestas para el mejoramiento de la legislación brasileña en la materia.

Por esa razón, el presente trabajo pretende dejar planteadas ciertas propuestas de *legiferanda*, obtenidas a partir de un análisis comparativo que ayude a vislumbrar los puntos

concretos en los que la ley de Brasil debe extender sus exigencias tanto frente a la transparencia como frente a la protección correlativa del derecho de acceso. Sin embargo, éste no es un trabajo de esos que suele nombrarse más técnicamente como de “derecho comparado”, pues en el desarrollo de los temas no seguiré al pié de la letra la metodología específica para este tipo de investigaciones. Es decir, que en este caso el recurso a la comparación no constituye el objeto mismo de la investigación, sino que es solamente una herramienta ilustrativa de las influencias y la posibilidad jurídica de mejorar varios aspectos de la norma brasileña.

CAPÍTULO I

1. La corrupción: elementos fundamentales

1.1 La corrupción, un problema que recién comienza a tener interés científico

La corrupción como fenómeno social puede ser considerada como una enfermedad, un mal tan antiguo que ha acompañado al hombre en sus múltiples formas de organización social, aflorando a lo largo de toda la historia humana, y hoy sigue afligiendo a todos los países del globo¹. Contrario a lo que hasta hace poco se sostuvo como versión oficial, esta enfermedad no es un mal exclusivo de pueblos incultos y países poco desarrollados; abarca a todos indistintamente, en épocas de paz y en épocas de guerra². La corrupción no atiende a ideologías ni credos, ni a la riqueza o pobreza de las naciones donde se establece; donde más recursos hay, más decididos y sofisticados son los actos corruptos con miras a apropiárselos.

La inercia que alcanza la ética de la corrupción en todos los Estados del mundo es una consecuencia natural de la deshonestidad y del sentido de impunidad de ciertas personas vinculadas con el poder, y ello ocurre y ha ocurrido en cada uno de los regímenes políticos que conocidos³. Se puede asegurar, entonces, que es un mal inherente a la historia de la humanidad⁴. Sin embargo, sólo hasta los años ochenta del siglo XX se comienza a estudiar como un fenómeno global que exige medidas globales. La entrada del término “corrupción” en los discursos de política internacional estuvo marcada por tres acontecimientos que cambiaron fundamentalmente la manera en la que se percibe este fenómeno en Occidente: la caída del muro de Berlín, la divulgación de escándalos sobre la financiación de partidos en Europa y una oleada de informaciones sobre la desviación de recursos provenientes de la privatización de empresas estatales en América Latina.

¹ GIL VILLA, Fernando. **La Cultura de la Corrupción**. 1. Ed. Madrid: Maia Ediciones, 2008, p. 19.

² *Ibidem*. p. 61-72.

³ HABIB, Sérgio. **Quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal**. Porto Alegre: Fabris Editora. 1994. p. 26.

⁴ FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. **La corrupción del agente público extranjero e internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 54.

Efectivamente, hasta los años ochenta, las naciones capitalistas no incluían el tema de la corrupción dentro de la agenda legislativa de los regímenes democráticos, toda vez que ello podría significar una prueba de debilidad de sus instituciones y, teniendo en cuenta el contexto histórico de aquellos años, esa no era la imagen que estos Estados querían mostrar de sí mismos hacia el exterior.

Con la caída del Muro cayó también esa cortina que escondía los innumerables problemas de los países comunistas, y al desaparecer la bipolarización política del escenario internacional, no se sostenía aquella premisa de los no comunistas de ocultar al mundo que también ellos cobijaban estas lacras sociales. La corrupción gana espacio en los debates públicos, y pasa a considerarse como un problema de los Estados en general, sin importar su filiación política. A partir de este momento, comenzarían las iniciativas internacionales para afrontarla, surgiendo así los primeros Convenios internacionales que pretendían dar cuenta de la situación, tales como: la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵, el Convenio de lucha contra la Corrupción de la OCDE⁶, el Convenio Penal y el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa⁷, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)⁸. También la creación en Europa del GRECO (Grupo de Represión contra la Corrupción)⁹, órgano que integra el Consejo de Europa¹⁰. Entre las muchas iniciativas nacionales merece la pena mencionar la aprobación del Código de Comportamiento de los Empleados de las Administraciones Públicas de Italia (1993), la aprobación de la

⁵ TRATADOS MULTILATERALES> Departamento de Derecho Internacional > OEA: Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>>. Acceso en: 16 marzo. 2014.

⁶ OCDE -CONVENIO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES> Disponible en: <http://www.transparencia.org.es/CONVENIO_OCDE/Convenio%20Lucha%20contra%20la%20Corrupci%C3%B3n%20OCDE%20Texto%20espa%C3%B1ol.pdf> Acceso en 16 mar. 2014

⁷ INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN. Disponible en:< <http://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>> Acceso en: 16 mar. 2104.

⁸ CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33300_es.htm>. Acceso en: 16 mar. 2014.

⁹ GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION (GRECO) Website. Disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp>. Acceso en: 16 mar. 2014.

¹⁰ Según sus directrices, GRECCO tiene como uno de sus objetivos fortalecer a la democracia y el respeto a los derechos humanos, con ello se evita el surgimiento de regímenes totalitarios o autoritarios.

Ley para combatir la corrupción en Alemania (1997). Por parte de otros Estados son de tener en cuenta tanto la aprobación de la Ley que creó la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la Corrupción en España (1995), como la aprobación de las Leyes de improbidad administrativa (1992) y de anticorrupción de empresas (2013) en Brasil¹¹.

El mundo académico también acogió de manera sistemática el interés por la corrupción, es de este modo como obras y artículos sobre el tema que habían venido siendo publicados décadas antes, comenzaron a tener éxito y a hacer parte de las investigaciones en las universidades. Es el caso de Rose Ackerman, quien publicó su famosa obra *La corrupción y los gobiernos* en los años setentas, pero sólo fue reconocida bien entrados los ochenta, cuando los investigadores necesitaban desesperadamente encontrar algún fundamento para los discursos académicos sobre el fenómeno de la corrupción¹².

Esto no quiere decir que hasta esos momentos no existiese ningún tipo de estudio sobre el tema, pues sí que los hubo, pero analizaban el fenómeno desde el punto de vista de la antropología, y las investigaciones se concentraban en el continente africano y en los entonces llamados países del Tercer Mundo, pues los procesos de descolonización habían sido seguidos de procesos de deslegitimación de la capacidad de sus sociedades, y muchos antropólogos fueron el brazo “científico” de tal deslegitimación, En ese escenario, el trabajo de Rose Ackerman destacó por haber examinado a la corrupción a través de un prisma económico y político de carácter general, hasta entonces desatendido. La valiosa aportación de esta autora permitió que se construyera todo un aparato discursivo –representado por múltiples estudios- que sirvió de base teórica a los organismos internacionales como el Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional. El diseño de políticas anticorrupción tuvo en cuenta entonces el análisis de sus causas y efectos más comunes, y sobre todo, se hizo bajo la conciencia de que los gobernantes de muchos países eran los principales implicados en los entramados corruptos.

¹¹ ALFARO, Luis Humberto Contreras. **Corrupción y principio de oportunidad**: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional. Salamanca: Ratio Legis, 2005, p. 134.

¹² ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos**: causas, consecuencias y reforma. 1. Ed. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001.

Es bastante dicente el hecho de que sólo hasta 1996 el Banco Mundial no utilizara el término “corrupción” en sus documentos; sólo gracias al trabajo de personajes como Peter Eigen¹³, antiguo funcionario del BM y fundador de Transparencia Internacional, esta manera de no llamar a las cosas por su nombre pudo ser cambiada¹⁴. La ONG creada por Eigen se encarga de realizar toda una serie de estudios sobre el estado de la corrupción alrededor del planeta; su divulgación se hace a través de tres informes mundialmente conocidos: el índice de percepción de la corrupción (Corruption Perception Index); el índice de pago de Sobornos (Bribe Payers Index); y el barómetro Global de la Corrupción (Global Corruption Barometer).

Como puede verse, sólo a partir de los últimos años del siglo XX, la corrupción entró definitivamente en la agenda política internacional, y pasó a merecer la atención de entidades como Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos y la Unión Europea. Todas ellas comenzaron a trabajar de manera concreta y decidida para hacerla visible, investigarla e impedirla forzando a los diferentes Estados que las conforman a producir innumerables medidas de naturaleza legal y administrativa. Algunas de esas medidas fueron expresamente mencionadas por el Banco Mundial en el año 1992, cuando la entidad buscó establecer criterios mínimos que calificaran lo que ellos llamaron “buen gobierno”. Según este documento, para que el Estado pueda cumplir con su papel en la sociedad, debe fomentar medidas como la responsabilidad, la transparencia, el Estado de Derecho y la pluralidad de actores participando del proceso decisorio¹⁵.

La llamada “transparencia” comienza a ser vista como la panacea para la epidemia de corruptos. Como señala Emilio Guichot, la transparencia fomenta el desarrollo económico y social, fortalece la democracia y disminuye la corrupción, por ello merece una mayor atención de los gobiernos que deben crear condiciones para que todas las

¹³ Transparencia Internacional (TI) es una organización no-gubernamental que tiene como objetivo principal luchar contra la corrupción. Fue fundada el 1993 bajo el liderazgo de Peter Eigen, ex funcionario del Banco Mundial con gran experiencia en proyectos de desarrollo en América Latina y África. Actualmente, la entidad está ubicada en Berlín y es responsable por la elaboración de un informe anual sobre la percepción de la corrupción alrededor del mundo, con representaciones en diferentes países.

¹⁴ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA. Disponible: <<http://www.transparencia.org.es/>>. Acceso en: 16 marzo 2014.

¹⁵ LOPES, José Mouraz. **O espectro da corrupção. 1.** Coimbra: Ed. Almedina. 2011. p. 10.

personas puedan exigirla¹⁶. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas para la Corrupción (CNUCC¹⁷) recomienda los Estados fomentar la transparencia de las instituciones públicas y, en efecto, varios países han implementado medidas sobre el particular, a ellos se sumaron recientemente -con retraso hay que decirlo- Brasil y España con la aprobación de sus respectivas leyes: la nº 12.527, del 18/11/2011, y la 19, del 9 de diciembre de 2013.

La pregunta obvia entonces es ¿por qué si la corrupción es una enfermedad que ha aquejado al mundo entero desde el albor de los tiempos hasta ahora se comienza a vincularla con un remedio concreto: la transparencia? Considero que la respuesta no se puede dar sin antes entender que el concepto mismo de corrupción es extremadamente vago y contextual, y generalmente depende de quién y desde dónde se construya. En tal medida, sin un concepto ni una definición unívoca de “corrupción” no es posible combatirla de manera asertiva. En lo que sigue, intentaré dar cuenta de estos problemas conceptuales.

1.2 El concepto de corrupción como problema

A pesar de la relevancia social de este fenómeno la corrupción, ni los estudiosos ni las entidades públicas o privadas que intentan combatirla han sido capaces de fijar un concepto universal e indiscutible de corrupción. Autores como Bustos Gisbert¹⁸ y Fernández Ríos¹⁹ atribuyen esta falta de acuerdo al hecho de que la propia idea sobre el fenómeno no es precisa en la historia; su definición, por lo tanto, siempre ha estado lastrada por la inconsistencia. Sin que eso signifique apelar a un relativismo ramplón y caricaturizado, no se puede perder de vista que existen conductas que son consideradas

¹⁶ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. 1. Ed. Madrid: Tecnos. 2014. p. 17.

¹⁷ NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, 9 diciembre 2003. Disponible: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso en: 16 mar. 2014.

¹⁸ BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario. **Teoría y realidad constitucional**. Nº 19. ISSN 1139-5583. 2007. p. 135-161.

¹⁹ RÍOS, Luis Fernández. **Psicología de la corrupción y de los corruptos**. Santiago de Compostela: Grupo Editorial Universitario. 1999. p. 21.

corruptas en determinados contextos y que no lo son en otros, de igual manera, hay comportamientos que son calificados por el Estado y la sociedad como lícitos en cierto momento y que dejan de serlo en otro. De ahí la gran dificultad que encuentran los expertos para construir un concepto universal e indiscutible de este fenómeno. Así las cosas, cada contexto sociocultural establece unos criterios específicos para determinar lo que puede o no considerarse como corrupto, por eso la importancia creciente de la comunidad internacional a este respecto²⁰. Hasta hace muy poco tiempo, el soborno pagado por empresas europeas a gobiernos extranjeros para obtener beneficios en cuanto a sus inversiones era considerado como gasto deducible para fines tributarios en el país de origen de la empresa²¹. Es un caso claro en el que de un solo hecho jurídico se tienen dos interpretaciones divergentes, para la empresa multinacional éstos pagos no eran una mera operación financiera no permitida, y hasta premiada fiscalmente, mientras que el funcionario que recibía en su país los favores de la empresa sí era calificado como corrupto y era objeto de la sanción jurídica y moral.

Con todo, la dificultad de aprehender lo que es la corrupción no tiene que ver únicamente con cuestiones de naturaleza temporal o geográfica, sino que también deriva de la propia complejidad del fenómeno, de la constante evolución de los mecanismos deshonestos y la habilidad intelectual del agente que practica dichos actos. Un político corrupto italiano que llegó a hacerse famoso en el 2006 por sus declaraciones (publicadas en medios como The New York Times y El País) dijo que:

"normalmente la gente cree que la corrupción es sólo una cuestión de dinero que pasa de un bolsillo a otro, una cosa fácil... En la práctica no es así. Es realmente difícil explicar cómo funciona el mundo de la corrupción. Se necesita mucha paciencia para comprender sus diferentes (y casi siempre complejos) mecanismos. No es una cadena de robos: existen reglas y relaciones, convenciones fijas; todo un lenguaje de matices y entonaciones que revisten toda la solemnidad de un contrato escrito"²².

²⁰ *Ibidem.* p. 21.

²¹ LOPES SILVA, Lucilia; TORRES, Alcídio. **O Combate contra a Corrupção e pela Promoção da Ética em Portugal e no Brasil**. 1. Ed. Portugal: Chiado /Bookess. 2013. p. 54.

²² GIL VILLA, Fernando. **La Cultura de la Corrupción**. 1. Ed. Maia Ediciones, Madrid: 2008. p. 61-62.

Se puede intentar hacer frente a esta naturaleza escurridiza del concepto de corrupción desde una perspectiva etimológica. El término "corrupción" proviene del latín *rumpere* que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces hace referencia a "romper con" o "romper en unión de", sin embargo, el significado que se ha afincado es el de "echar a perder, pudrir"²³.

Esto, que puede parecer una discusión meramente lingüística, refleja con fidelidad el sentimiento del hombre común acerca de la corrupción, vinculándola con una clase de actuaciones inmorales cuya consecuencia social se puede asimilar a lo que entendemos por putrefacción²⁴. Otro término que también refleja el sentir del ciudadano de a pié a la hora de entender el fenómeno es la palabra "robo", entendida en este caso como toda sustracción patrimonial indebida, llevada a cabo por una persona deshonesta e inescrupulosa. Como apuntara Gil Villa: "Los ciudadanos entrevistados que han sido objeto de extorsión por funcionarios públicos dicen sentirse *robados*. En efecto, el robo se nos aparece como la figura general con la que el hombre de la calle asocia la corrupción, robo también en su acepción vulgar, no afinada jurídicamente, porque no distingue entre las distintas categorías que se dan dentro de él. Lo único que se deduce al respecto es la identificación del acto de corrupción con un acto de sustracción indebida y en general sin violencia, ni contra las personas ni contra las cosas"²⁵.

Esa equiparación entre los términos "corrupción" y "robo" es pasto para los medios de comunicación cuando quieren instrumentalizar las noticias para sancionar moralmente a

²³ El diccionario de la Real Academia Española, define a la corrupción como la "acción y efecto de corromper o corromperse. Alteración, soborno o vicio en las cosas materiales". DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Disponible en: <<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>. Acceso en 8 marzo de 2014.

²⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. **Economía política de las raíces de la corrupción: investigación y políticas públicas**". En SANDOVAL, Irma Eréndira (Org.). **Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre estado, mercado y sociedad**. [S.l.]: Siglo XXI. 2009. Disponible en: <http://books.google.es/books?id=gW7hUGWttzAC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=%22economia+politica+de+las+raices+de+la+corrupcion%22+susan&source=bl&ots=hZpOA5t_DG&sig=Be30VEy5ePujB_Y7eJl2S06n_YA&hl=pt-BR&sa=X&ei=QLiNU7_uGqX00gXL5YGQDw&ved=0CF8Q6AEwBg#v=onepage&q=%22economia%20politica%20de%20las%20raices%20de%20la%20corrupcion%22%20susan&f=false>. Acceso en: 3 jun. 2014.

²⁵ GIL VILLA, Fernando. **La Cultura de la Corrupción**. Op.cit. p. 55-59.

alguien. Un ejemplo claro es España, cuando el diario La Vanguardia, el 2 de agosto de 2006 creó en internet un foro titulado: "Isabel Pantoja ante la operación Malaya", con el objetivo de medir las reacciones de los ciudadanos ante casos de corrupción ocurridos en el país. Dos meses después de inaugurarse dicho espacio virtual, figuraban 172 comentarios publicados por los lectores, donde las referencias más comunes hacían referencia al robo, como muestra: "Madrid (robo), Marbella (robo), Valencia (robo que te robo), otros que intuimos, otros que sabemos y los que vendrán. La corrupción está de moda como la pasarela Cibeles"²⁶.

Esta proximidad entre los términos “corrupción”, “putrefacción” y “robo” no satisface a los estudiosos a la hora de definir la corrupción, por lo que suelen echar mano de elementos más formales. Preocupados por las consecuencias sociales, jurídicas y políticas que una definición errónea o inexacta de este fenómeno puede acarrear los teóricos siguen en busca de conceptos más precisos y que sean capaces de dar cuenta de todas estas particularidades. Esta tarea no es nada fácil, y ante su dificultad la doctrina ha optado por establecer tipologías de definiciones, solución por demás común en el mundo del Derecho. Es decir, que se presentan unas definiciones “amplias” y otras “restringidas”, dependiendo de la perspectiva específica de quien la propone, y además se hacen aparecer como si ellas fueran más bien diferentes tipos de “conceptos”²⁷. En todo caso, lo que aquí me interesa poner de relieve es que se generan consecuencias muy diferentes para el diseño de las normas de transparencia gubernamental según se adopten unos u otros.

1.2.1 Concepto Amplio de Corrupción

Argandoña y Morel Berendson sostienen que la corrupción se caracteriza por el abuso de una posición de confianza con el objetivo de obtener un beneficio

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ La lucha contra la corrupción. Una perspectiva empresarial. **Biblioteca Virtual RS**. . [S.l: s.n.]. Disponible en: <<http://www.bibliotecavirtual.info/2012/03/la-lucha-contra-la-corrupcion-una-perspectiva-empresarial/>>. Acceso en: 6 mar. 2014. , [S.d.] p. 8

deshonesto²⁸. Según estos autores, los elementos fundamentales del comportamiento corrupto son el abuso de confianza y el beneficio deshonesto, este último directamente relacionado a las ideas de injusticia, de falta de postura, de decencia y de moderación del agente. Dentro de quienes apoyan este concepto amplio se encuentra también Fazio Junior, quien asegura que lo que caracteriza la corrupción es la práctica de actos desviados en el seno de la Administración Pública, actos motivados por beneficios ofrecidos por terceros y que pueden tener contenido económico o no²⁹. Esa forma ampliada de definir este fenómeno también se observa en las lecciones de Nye quien define a la corrupción como una conducta que se desvía del cumplimiento normal de una función pública y que es motivada por la obtención de beneficios pecuniarios o de posición social, que favorecen al propio funcionario, a sus parientes o allegados³⁰.

Todas estas definiciones tienen como consecuencia colocar bajo el paraguas de la corrupción innumerables conductas, sobre todo cuando hablamos de abuso de posición de confianza, sin vincular esa expresión al ejercicio de una función pública. Así, si adoptamos el concepto amplio propuesto por Argandoña y Morel Berendson, colocamos bajo la definición de corrupción innumerables conductas como el cohecho, el peculado, la corrupción privada y también el nepotismo, ya que en todos ellos hay una traición a la confianza por parte del funcionario empleado para con la Administración Pública o a la empresa, lo que justifica el castigo establecido para los actos corruptos.

Desde la perspectiva de la transparencia gubernamental, una ley que tomara como base este concepto, debería imponer a la Administración Pública la obligación de publicar por ejemplo en su página web, todos los actos decisorios del Estado, aunque ellos no tengan contenido económico, pues de este modo les sería dada a los ciudadanos la oportunidad de verificar si los agentes públicos cumplen sus funciones correctamente; es decir, sí abusan de su posición para obtener una ventaja ajena al interés general.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no poder público**: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação.1. Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002. p. 37.

³⁰ NYE, J.S. Corruption and Political development: a cost-benefit analysis. **American Political Science Review**. [S.l: s.n.]. 1967. v. 61. p. 966. en RÍOS, Luis Fernández. **Psicología de la corrupción y de los corruptos**. *Op.cit.* p. 29.

En lo referente a los llamados “sujetos obligados”, una ley que adoptara ese criterio debería colocar en esta categoría a todas las personas que desarrollan funciones de confianza en el gobierno y en la Administración Pública, como pudieran ser el jefe de gobierno y el jefe de Estado, sus auxiliares directos, así como los Ministros y los Parlamentarios. También habrían de ser sujetos obligados los asesores, servidores o no, que ocupan funciones de confianza en la Administración y que pueden ser nombrados para determinados cargos públicos sin previa aprobación en concurso público, como ocurre en el Derecho brasileño.

1.2.2 Concepto restringido de corrupción

Otros, como Andrés Ibáñez, proponen una definición más restringida para el fenómeno, afirmando que lo que debe entenderse jurídicamente por “corrupción” comprende exclusivamente al acto ilegal de naturaleza económica, cometido por una persona que gestiona un espacio de poder político o que tiene poder de emitir una decisión con contenido financiero en el seno de la Administración Pública³¹. El ejemplo más obvio sería el de aquél funcionario que saca provecho de su situación privilegiada para apropiarse de los recursos de alguien que contrata con el Estado, haciéndose merecedor de la sanción prevista.

En el mismo sentido, Caciagli explica que solo hay corrupción cuando el funcionario que es titular de derechos y deberes públicos utiliza éstos últimos para sacar una ventaja para él mismo, su familia, sus amigos o su partido, pero siendo imprescindible que ese beneficio tenga *contenido económico* o pueda ser medido desde una perspectiva financiera³². Así también Rivero Ortega considera que sólo hay corrupción cuando el agente que toma decisiones en el ámbito de la Administración sustituye el interés público por intereses de otra naturaleza, con el objetivo de sacar una ventaja económica

³¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial. *Apud.* GARZÓN VALDÉS, Ernesto; CARBONELL, Miguel, VÁZQUEZ, Rodolfo. **Poder, derecho y corrupción**. México: Instituto Federal Electoral, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Ed. Siglo Veintiuno. 2003. pp. 185-206.

³² CACIAGILI, M. *Apud.* RÍOS, Luis Fernandez. **Psicología de la corrupción y de los corruptos**. *Op.cit.* p. 29.

para sí o para el grupo al que pertenezca, con violación de las reglas que debería observar³³.

Todas esas definiciones restringidas tienen como consecuencia apartar del concepto de corrupción conductas que no tengan *contenido económico*, caracterizándolas como faltas de cualquier otro tipo. Estas irregularidades pueden y deben ser corregidas a través de otras reglas que no necesariamente estén relacionadas con la corrupción, como, por ejemplo, las referentes al régimen de nulidades y sanciones propios del Derecho Administrativo.

Desde el enfoque de la *transparencia gubernamental*, una ley que asumiera este "concepto restringido" prescribiría a la Administración el deber de publicar todos los actos con contenido económico, como contratos, convenios, subvenciones y ayudas públicas, lo que permitiría a la ciudadanía verificar la correcta utilización de estos recursos. Esto no quiere decir que la Ley de Transparencia no pueda ordenar la publicación de actos de otra naturaleza, sino que los actos de contenido económico deben ser divulgados obligatoriamente, pues en ellos se concentran gran parte de los actos de corrupción.

1.2.3 Concepto legal o jurídico-positivo de corrupción

Buscando simplificar al máximo las discusiones, hay quienes definen a este fenómeno desde la perspectiva limitada del derecho positivo. Por ello, dicen que solo es corrupción lo que establece la ley. Y aunque con esto se incurre en una clara petición de principio (¿qué debe establecer la ley?), se evitan las discusiones en cuanto a la naturaleza económica o no de los actos corruptos. En esta línea, Damásio de Jesús asegura que, desde el punto de vista del Derecho Penal brasileño, la *corrupción pasiva* es la conducta del funcionario público (el que pertenezca a la Función Pública o incluso antes de asumirla) que solicita o recibe directa o indirectamente, para sí o para otra

³³ RIVERO ORTEGA, Ricardo. **Corrupción y contratos públicos**: las respuestas europea y latinoamericana, in *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Salamanca: Ratio Legis. 2004. p. 109-125.

persona, cualquier ventaja indebida, o que acepta una promesa de recibirla en un futuro³⁴.

Desde este punto de vista la corrupción deviene una forma de "mercancía", convierte en un bien lucrativo los actos de oficio que deben ser realizados por el funcionario en el ejercicio de sus funciones. Se puede decir entonces que esta es la razón por la que las leyes penales punen con rigor la corrupción practicada por funcionarios que ejercen cargos de autoridad en el seno de la Administración pública. A pesar de su valor, medido desde el punto de vista del derecho penal brasileño, la definición propuesta adolece de imperfecciones, ya que reduce el ámbito de incidencia de la corrupción al *crimen de cohecho*, pero quedan fuera de su alcance otras conductas igualmente reprochables como el tráfico de influencias, la corrupción privada y la malversación, supuestos de hecho mencionados expresamente en la CNUCC.

El concepto penal de corrupción tiene la virtud de acercarse bastante a la visión que el ciudadano común tiene del fenómeno. Una investigación realizada en Portugal en el año 2006 reveló que un 54% de los portugueses sólo consideran corrupción las conductas legalmente definidas bajo ese título en el Código Penal, como el soborno y la extorsión, tipos penales donde un funcionario público recibe una ventaja económica indebida³⁵. La investigación concluye que no se consideran corrupción otras conductas igualmente reprochables, como el nepotismo, el tráfico de influencias, el encubrimiento, el conflicto de intereses y el enriquecimiento ilícito.

Apartándonos de las definiciones positivistas, y por tanto meramente descriptivas, pero aún bajo el paraguas del derecho positivo, observamos que Contreras Alfaro considera que un comportamiento corrupto es aquel en el que un funcionario o servidor público utiliza el cargo para obtener provecho personal o de terceros interesados, en desmedro de los intereses generales legalmente definidos³⁶. Este autor también define la corrupción desde el derecho positivo, ya que toma en cuenta aquello que queda establecido en las leyes de cada país. Esta apelación queda evidenciada en lo que el

³⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Vol. 4 - Parte Especial**. Vol. 4. 17^o. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 132-133.

³⁵ LOPES SILVA, Lucilia; TORRES, Alcídio. **O Combate contra a Corrupção e pela Promoção da Ética em Portugal e no Brasil.**, *Op.cit.* p. 54.

³⁶ ALFARO, Luis Humberto. **Corrupción y principio de oportunidad**: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional. Salamanca: Ratio Legis, 2005, p. 150.

autor llama “intereses generales legalmente establecidos”. Este nombre vincula su definición a aquella propuesta por Demetrio Crespo para quien la corrupción es:

“la desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado, que no es otro que el "interés público" legalmente determinado. Este alejamiento del interés general se traduce en un incorrecto ejercicio de la función pública, o lo que es lo mismo decir, en una contraposición entre la actuación de la autoridad o funcionario con los fines y los objetivos que deben cumplir los órganos públicos para la materialización del concepto de Estado social y democrático de Derecho, debidamente plasmados en la Constitución y en las Leyes”³⁷.

Una Ley de Transparencia que tomara como base dicha definición no significaría un gran avance, pues reproduciría en sus preceptos todos los elementos esenciales de la corrupción descritos en el ordenamiento. Además, el sujeto pasivo de la corrupción debería necesariamente figurar como sujeto obligado a la transparencia activa, así como debería figurar una enumeración taxativa de los principales hechos donde ella tiene lugar, lo que haría de estos actos objeto de divulgación obligada, como sería el caso de los contratos administrativos y las licitaciones públicas.

La inconveniencia de este criterio radica en que si el legislador adoptase una definición muy restringida de corrupción, como por ejemplo de que sólo es corrupción la *apropiación indebida de recursos públicos* de los órganos del Poder Ejecutivo, entonces el ámbito de incidencia de la transparencia sería reducido, por lo menos desde la óptica de las medidas anticorrupción.

1.2.4 Concepto político de corrupción

Con el objeto de mostrar la pluralidad de enfoques desde los que se puede estudiar el problema de la corrupción, traigo a colación otra forma de definirla, esta vez

³⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. p. 67. Apud. ALFARO, Luis Humberto Contreras. *Ibidem*. p. 150.

en cuanto a la naturaleza política de las actividades desarrolladas por el agente que comete los actos corruptos. Esto nos acerca al terreno de la llamada *corrupción política* de los gobernantes. Uno de los principales expertos en este tema, Bustos Gisbert, explica que desde la perspectiva de la llamada responsabilidad política de los gobernantes hay por lo menos tres formas de conceptuar el fenómeno de la corrupción³⁸. En una primera definición, la corrupción política aparece como la conducta del agente que infringe al interés público y al bien común consagrados en una determinada sociedad. Aquí se haría necesario recurrir a las concepciones vigentes de *interés público* y *bien común*. Y por su amplitud e indeterminación, ésta, que es una clara apelación a los valores de la sociedad, recibe buen número de críticas en cuanto a quién preguntarle sobre *lo que es bueno y digno del interés general*. Helena Diniz explica que la idea de bien común es demasiado amplia y depende fundamentalmente de la filosofía política y jurídica adoptada por el intérprete, lo que le confiere alto grado de subjetividad. Se trata de una expresión que abarca múltiples factores, como la libertad, la paz, la justicia, la seguridad ciudadana y la solidaridad, conjunto de elementos que el investigador deberá de tener en cuenta a la hora de definir lo que entiende por “bien común” o “interés público”³⁹.

Ante tal carga valorativa y de concepciones subjetivas, el concepto de corrupción quedaría impregnado de subjetivismo por las cuatro puntas. Esa carga axiológica del concepto hace que la respuesta a la pregunta -¿Qué es la corrupción?- tenga resultados diversos, e incluso divergentes, dependiendo de los valores personales que suscriba el investigador, o, en su caso, los valores jurídicos privilegiados por la autoridad normativa. Todo esto genera grandes dosis de inseguridad. La incertidumbre en cuanto a la definición del sentido y alcance de la corrupción genera problemas en el intérprete de las normas a la hora de juzgar determinado acto como corrupto o no.

A manera de anécdota que puede ilustrar estos riesgos de estos conceptos jurídicos indeterminados, recordaré que mientras el revolucionario Simón Bolívar luchaba en la

³⁸ BUSTOS GISBERT, Rafael. *Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario*, *Op.cit.* p. 135-161.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, [S.d.]. 2001, p. 165.

guerra de independencia de Venezuela contra España en 1813, firmó un decreto en el que estipulaba la pena de muerte para quienes fueran hallados culpables de corrupción. Años después en 1826, ya como flamante y autoritario presidente de su proyecto de la Gran Colombia, firmó otro decreto que definía la corrupción como "la violación del interés público", sin especificar qué se debe entender por éste último⁴⁰.

Buscando apartarse de los problemas de subjetividad que comporta la definición anterior, otros estudiosos más cercanos a las teorías del consenso y del discurso racional, sostienen que la corrupción es la conducta del agente que viola a los valores de una sociedad, en este caso, los "valores" de referencia que integran el concepto le pertenecen a la sociedad y no al intérprete. Quienes sostienen estas tesis de la racionalidad discursiva eluden algunos de los problemas de la definición anterior, pero terminan desplazándolos a otro estadio, el de la verificación del supuesto "consenso social" en cuanto al contenido de los valores. Por tal motivo, también esta definición ha sufrido justas críticas de los expertos, ya que sus adeptos no son capaces de demostrar los consensos sobre los valores en determinada sociedad. Bustos Gisbert resume con claridad las impropiedades de esa definición⁴¹.

Señala que los valores fundamentales de una sociedad cualquiera suelen cambiar a lo largo de la historia, de tal manera que la construcción de un concepto de corrupción sobre esta base se ofrece muy difícil. Añade que el concepto propuesto no soluciona las dudas existentes alrededor del término "corrupción", pues el investigador sigue siendo la persona que va a decir cuáles son los valores que vigentes en la sociedad. Por lo que concluye que una definición tal conlleva el mismo nivel de subjetivismo del concepto anterior, ya que el intérprete tendrá la discrecionalidad de tomar decisiones valorativas, lo que siempre genera inseguridad jurídica y política.

La tercera forma de definir a la corrupción política toma en cuenta la violación del vínculo de confianza que debe existir entre el elector y el político que le representa, una violación que puede ser motivada por diferentes causas. Cuando los ciudadanos eligen a alguien para representarlos en el Parlamento o en el Poder Ejecutivo, lo hacen creyendo

⁴⁰ BURGOS, Gabriela Calderón de. **Corrupción, administración deficiente y abuso de poder en la Venezuela de Hugo Chávez**. Disponible en: <<http://www.elcato.org/corrupcion-administracion-deficiente-y-abuso-de-poder-en-la-venezuela-de-hugo-chavez>>. Acceso en: 12 mar. 2014.

⁴¹ BUSTOS GISBERT, Rafael, Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario, *Op.cit.* p. 135-161.

–o al menos esperando- que el elegido va a actuar exclusivamente en defensa de sus intereses, si procede en sentido contrario rompe ese vínculo de confianza, incurriendo en la llamada “corrupción política”.

La Ley de Transparencia construida con base en una definición semejante debería favorecer la divulgación de informaciones que posibiliten al ciudadano conocer todas las actividades desarrolladas por los gobernantes en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, Emilio Guichot defiende que dicha ley debería obligar a publicar informaciones sobre la agenda de reuniones de los responsables políticos del Estado, medida que permitiría conocer las influencias que han sufrido antes que decidan ciertas cuestiones⁴². Como asevera Mouraz Lopes, medidas como esas favorecen que el control ciudadano al que estarían sujetas esas personas no esté reducido al escrutinio electoral, sino que pueda realizarse de manera permanente, y a través de herramientas autónomas e independientes de acompañamiento. El juicio político de los gobiernos sería una condición cotidiana y no dependería del calendario electoral de cada Estado⁴³.

Mi objetivo con el análisis de esta tipología de definiciones de corrupción y de las consecuencias normativas de asumir cualquiera de ellas tiene como objetivo señalar que el concepto del que aquí me ocupo no es algo estático, ni tampoco estrictamente jurídico, sino que se trata, más bien, de un fenómeno variado y cambiante, que se encuentra en permanente evolución⁴⁴. Se puede entender entonces por qué la CNUCC no estableció un concepto determinado⁴⁵, al igual que hicieron la Convención

⁴² GUICHOT, Emilio. Histórico-**Opinión-ABC.es**- lunes 30 de abril de 2012. Disponible en: <<http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20120430&idn=1502732850340>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

⁴³ LOPES, José Mouraz. **O espectro da corrupção**. *Op.cit.* p. 44.

⁴⁴ FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. *Op.cit.* p. 11.

⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, no. 81 (2009) p. 8-35.

nteramericana contra la Corrupción⁴⁶, el Convenio de lucha contra la corrupción de la OCDE⁴⁷, y los Convenios Penal y Civil sobre la corrupción del Consejo de Europa.⁴⁸

1.2.5 Nuestra definición

Considero ahora imprescindible establecer cuál es la definición de corrupción que se adopta en este trabajo, a partir de ella se analizarán los desafíos a los que se enfrenta la *transparencia gubernamental* como medida anticorrupción.

Soy consciente de que mi definición, como tantas otras, puede llegar a tener algunas imperfecciones, sin embargo, por mis años de experiencia en la Función Pública, la considero más adecuada que las explicadas anteriormente para ese trabajo: «Corrupción es la conducta ilícita del agente público que, intencionalmente, abusa de sus funciones para obtener una ventaja económica indebida, para sí mismo, para otro, o para la comunidad a la que pertenece, quebrantando la confianza que en él haya depositado la sociedad».

A continuación, examinaré cada uno de los elementos que conforman la definición propuesta y a partir de ese examen mostraré cuáles son las bases que me permitirán hacer un análisis crítico de la ley de transparencia de Brasil bajo la perspectiva del derecho comparado.

1.3 Sujetos activo y pasivo de la corrupción

Esto hace referencia a los límites subjetivos o personales de la corrupción, el sujeto activo y el pasivo. La determinación de éstos no sólo posee valor desde una perspectiva

⁴⁶ TRATADOS MULTILATERALES > Departamento de Derecho Internacional > OEA :: Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>>. Acceso en: 16 mar. 2014.

⁴⁷ OCDE -CONVENIO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES> Disponible en: <http://www.transparencia.org.es/CONVENIO_OCDE/Convenio%20Lucha%20contra%20la%20Corrupci%C3%B3n%20OCDE%20Texto%20espa%C3%B1ol.pdf>

⁴⁸ INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN. 12135. BOE N°182. 28 jul. 2010, Sección I, p. 65780. Disponible en: <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>>. Acceso en: 16 mar. 2014.

académica, sino que interesa a la sociedad en general, pues a partir de ella es que podemos identificar a aquellas personas que afrontarán las consecuencias del régimen legal establecido para sancionar o prevenir los actos corruptos. Por esa razón, esto no tiene que ver únicamente con el patrimonio público, sino también con los derechos y libertades de todos⁴⁹.

Por otro lado, la identificación de estos sujetos está directamente relacionada con la identificación de los sujetos obligados a la transparencia activa en cada Estado, es decir, quienes deberán publicar informaciones para el conocimiento de los ciudadanos, permitiéndoles el control de los actos de la administración pública.

Teniendo en consideración estas dos premisas, adoptamos en este estudio la idea de que el sujeto activo de la corrupción es el *agente público* que comete estos actos; por agente público se entiende a todas las personas definidas como funcionario en la CNUCC⁵⁰. De tal modo, pueden ser sujetos activos de la corrupción, los responsables políticos del Estado, como los parlamentarios, el jefe del Poder Ejecutivo y sus auxiliares directos, como Ministros y Secretarios de Gobierno. También pueden ser obligados a estos actos los servidores estatales, expresión que se refiere a los servidores públicos y los empleados que trabajan en la Administración Pública Central o Descentralizada. Ingresan también en esta categoría los delegados de una función pública, como los notarios y registradores públicos y los particulares que colaboran con el Estado en determinadas actividades, el ejemplo serían todos aquellos que son convocados para el ejercicio de un *manus público* en su momento, como es el caso de los particulares que cumplen funciones públicas en los comicios electorales en Brasil.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 234-241.

⁵⁰ NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. ARTÍCULO 2: Definiciones: A los efectos de la presente Convención: a) Por "funcionario público" se entenderá: I) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; II) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte III) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, 9 diciembre 2003. Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso en: 16 marzo 2014.

Por su parte, se consideran *sujeto pasivo* de la corrupción la Administración Pública en sentido amplio todos los órganos que forman parte de la Administración Centralizada del Estado y todas las entidades que integran la Administración Descentralizada, como las Autarquías brasileñas, las Fundaciones Públicas, las Empresas Públicas, las sociedades mercantiles y demás entidades controladas directa o indirectamente por el Estado. También son sujeto pasivo las entidades privadas sin fines de lucro que reciben recursos oficiales para desarrollar proyectos de interés social, en cuanto el acto de corrupción tenga como objeto los recursos públicos.

1.4 Elemento subjetivo

La corrupción como fenómeno de ámbito global puede originarse en diferentes factores, pero, en cualquier caso, resulta siempre de una conducta dolosa del sujeto activo. Respecto de las causas que conllevan la comisión de estos actos, observamos que, en general, los expertos identifican, como mínimo, cuatro factores que favorecen la práctica de actos corruptos y que deben ser tomados en cuenta a la hora de diseñar medidas efectivas para luchar contra ese fenómeno.

Desde la perspectiva de la psicología, Fernández Ríos considera que la corrupción resulta fundamentalmente del comportamiento deshonesto del sujeto que busca a toda costa obtener recompensas para satisfacer a sus intereses, sin importarle las consecuencias dañinas de sus actos⁵¹. Así, las razones que mueven al corrupto van más allá de los motivos de naturaleza económica, ingresando también en el terreno de la vanidad o, de la cercanía a los círculos de poder o de la satisfacción personal, ya que el corrupto logra obtener poder y reconocimiento social. En este sentido, si el vecino del corrupto posee bienes de valor, él también se siente obligado a tenerlos, pues de esa manera no experimentará sensación de inferioridad con respecto a las personas que forman parte de su medio. Ese universo de comparación no conoce límites; el corrupto busca siempre obtener más y más bienes para satisfacer su deseo de conquista, aunque para ello tenga que correr riesgos, como el de ser descubierto, o que todo su esfuerzo no

⁵¹ RÍOS, Luis Fernández. **Psicología de la corrupción y de los corruptos**. *Op.cit.* p. 167-172.

le haya valido de nada⁵². Por lo general, el corrupto tradicional considera que todos estos riesgos merecen la pena, principalmente cuando sopesa todos los beneficios psicosociales, físicos o económicos que logra obtener a causa de su conducta ilícita. En tal medida, el riesgo hace parte del juego y el corrupto (o quien participa en actos de corrupción) decide enfrentarlo poniendo en la balanza su ambición personal y las posibilidades de éxito de su comportamiento⁵³.

Haciendo un examen del fenómeno desde el enfoque de la calidad de los servicios públicos, Alcídio Torres sostiene que la causa principal de la corrupción no resulta de un comportamiento deshonesto del sujeto, sino de la falta de confianza de los ciudadanos en las instituciones del Estado, con frecuencia consideradas incapaces de satisfacer a las necesidades de la sociedad⁵⁴. Dicho con otras palabras, el factor que lleva al ciudadano a sobornar al funcionario resulta de su necesidad de acceder a servicios públicos que la Administración no ha sido capaz de ofrecerle. Así, la corrupción funcionaría como un camino obligado que le permitiría disfrutar de prestaciones como salud y educación.

Desde otra perspectiva, Sánchez Morón considera que un factor que inevitablemente conlleva el incremento de la corrupción es el peligroso acercamiento entre la Administración Pública y los empresarios⁵⁵. Acercamiento que es consecuencia directa del cambio de concepción en cuanto al papel que el Estado ha de jugar en la economía de mercado. Mientras que el Estado liberal clásico siempre tuvo un rol neutral con respecto a los mercados, absteniéndose de cualquier forma de intervención directa, el Estado contemporáneo ha adoptado una posición más intervencionista con respecto a la actividad económica, bien a través de empresas públicas, bien a través de la regulación de los mercados. Esa progresiva aproximación entre política y agentes económicos

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ LOPES SILVA, Lucilia; TORRES, Alcídio. **O Combate contra a Corrupção e pela Promoção da Ética em Portugal e no Brasil**. *Op.cit.* p. 45.

⁵⁵ SANCHEZ MORON, M. "La corrupción y los problemas del control de las Administraciones Públicas". W.AA. *La Corrupción Política*. Madrid, 1997, p. 190. Apud. ALFARO, Luis Humberto. **Corrupción y principio de oportunidad: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional**. Salamanca: Ratio Legis, 2005, p. 135.

genera un ambiente que favorece a la práctica de actos de corrupción⁵⁶. Esta circunstancia ha motivado no pocas críticas dentro de la teoría jurídica actual; rescato aquí una de Luigi Ferrajoli, quién considera que esto se traduce en «la ruptura de un principio fundamental del moderno Estado representativo: el de la separación entre Estado y sociedad, entre esfera pública y privada, en definitiva, entre poderes económicos y poder político»⁵⁷.

En el mismo sentido, explica Contreras Alfaro que ese acercamiento permite que los empresarios menos honestos busquen a menudo al funcionario que autoriza las contrataciones, con el objetivo de ofrecerle una ventaja inmediata a cambio de un buen contrato con la Administración Pública⁵⁸. Esta es una práctica bastante común, y que sigue creciendo en la medida en que también crece la contratación pública, y que en ocasiones llega a asegurar situaciones de monopolio en determinados sectores, redundando en la eliminación efectiva de la competencia⁵⁹. Así, para evitar su exclusión del mercado, otros competidores pasan a comportarse también de forma corrupta en sus relaciones con la Administración, haciendo que la práctica de ofrecer sobornos para contratar con el Estado se vaya extendiendo paulatinamente. El efecto multiplicador de las malas prácticas origina pues un círculo vicioso donde, a menudo, todos corrompen a todos⁶⁰. Las consecuencias para la Administración siempre serán graves, pues una propuesta que resulta vencedora no lo será por razones que tengan que favorezcan al interés general. Como señala Bárbara Huber, "Si la empresa quiere seguir en el mercado, se ve obligada a sobornar más y mejor que su oponente"⁶¹. La corrupción hace

⁵⁶ *Ibidem.* p. 135.

⁵⁷ FERRAJOLI, L. "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y divergencia de la realidad". W.AA. Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción. Madrid, 1996, p. 18. *Apud.* ALFARO, Luis Humberto, *Op.cit.* p. 137.

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 137.

⁵⁹ FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. **La corrupción de agente público extranjero e internacional.** *Op.cit.* p. 35.

⁶⁰ "Entre la literatura española, la situación se describe en el conocido trabajo de BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Civitas, Madrid, 1978, p. 52." *Apud.* FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. *Ibidem.* p. 35.

⁶¹ HUBER, Bárbara. **Il sistema tedesco di lotta alla corruzione: una comparazione con quelli di altri paesi europei.** RTDPE. 1999 (3). p. 511 *Apud.* FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. *Ibidem.* p. 35.

parte de las reglas de la competencia, de tal forma que sin ella nadie va a conseguir buenos contratos con la Administración Pública.

El pago de sobornos a funcionarios no es la única herramienta utilizada por estos empresarios. A menudo también suelen formar cárteles para contratar con la Administración, aunque para alcanzar a sus objetivos tengan que sobornar a los directivos de entidades privadas que compiten en el mismo mercado. Datos de la Secretaría de Desarrollo Económico del Ministerio de la Justicia de Brasil informan que el país pierde entre 8000,00 y 12000,00 millones de euros cada año como consecuencia de la formación de cárteles de empresas que contratan con la Administración Pública. El estudio también refleja que un 13,3% de los recursos destinados a la compra de insumos o a la contratación de obras públicas son indebidamente apropiados por estos empresarios, ya que ellos, para recuperar lo pagado por concepto de sobornos, elevan los precios de los bienes y servicios que ofrecen al Estado, una estrategia que les asegura 100000,00 millones de euros más del que deberían cobrar⁶².

Otros estudiosos como Frédéric Boehm y Lambsdorff, entienden que un factor que contribuye directamente para el incremento de la corrupción es la existencia de demasiados canales de comunicación entre el funcionario y el corruptor, circunstancia que conlleva a la formación de vínculos con cierta estabilidad entre ellos⁶³. En vista de ello, estos autores defienden que el Estado debe adoptar medidas que dificulten el encuentro entre el corruptor y el funcionario, es una medida para impedir la formación y consolidación de estos vínculos.

Por ejemplo, si quienes compiten en una licitación por un contrato con el gobierno no saben quiénes integran la comisión de expertos que tomará la decisión, les será más difícil identificar a un posible receptor del soborno. Otra opción para dificultar el acercamiento entre las partes es la rotación de personal en posiciones vulnerables, ya que las relaciones corruptas siempre requieren de algún tiempo para establecerse. Las estadísticas de la policía federal alemana muestran que en la mayoría de los casos de

⁶² LOPES SILVA, Lucilia; TORRES, Alcidio. **O Combate contra a Corrupção e pela Promoção da Ética em Portugal e no Brasil**. *Op.cit.* p. 83

⁶³ BOEHM, Frédéric; LAMBSDORFF, Johann Graf. Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional. **Revista de economía institucional**, v. 11, n. 21, p. 45–72, 2009. Acceso en: 17 mar. 2014.

corrupción que se han descubierto hasta ahora, la relación entre las partes ya tenía cerca de tres años⁶⁴. En suma, la cercanía entre el funcionario y el posible corruptor es un factor que abona el terreno para la ocurrencia de actos de corrupción⁶⁵.

Por último, Lambsdorff considera que otro factor que también contribuye para el incremento de los actos de corrupción resulta de la falta de *reglas de indulgencia* a favor de los funcionarios que hayan sido sobornados por partidos, empresas, redes u organizaciones y ellos mismos decidan denunciar su falta y, con esto, también la de quien lo llevó a la corrupción. Y es que una estrategia típica de los corruptores es extorsionar con la amenaza de una denuncia al funcionario que ha recibido un primer soborno. De este modo, las sanciones penales, administrativas o disciplinarias, tienen un efecto persuasorio para el funcionario, a la vez que terminan por convertirlo en un prisionero de la corrupción. Mediante este tipo de extorsión, la empresa, partido u organización criminal minimizan sus gastos en sobornos posteriores, aprovechándose de las sanciones establecidas en el ordenamiento.

Para mostrar un poco más este tipo de dinámicas de corrupción, me valdré del un caso ocurrido en la ciudad alemana de Bochum recogido por Lambsdorff⁶⁶. En 1987, en el marco de un proceso de contratación para la construcción de unas autopistas, un inexperto funcionario del Ministerio de Transporte y Carreteras de Alemania cometió la imprudencia de informar a los participantes de la licitación por concurso público todos los nombres de las empresas que competían. Pasados unos días de la adjudicación del contrato, recibió un sobre con 2.000 marcos de la empresa vencedora como agradecimiento por los buenos servicios prestados. Al caer en la cuenta de su error, aceptó el dinero y mantuvo silencio respecto a los hechos. Desde aquél momento quedó prisionero de su error, y claro está, bajo el control de la empresa, que le siguió amenazando para obtener más beneficios. Diez años de extorsión continuada que se hubiesen podido evitar con ciertas reglas de indulgencia para el corrupto arrepentido y confeso. Finalmente el Estado Alemán, con una política extremada, tomó cartas en el

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

asunto, y fue necesaria una gran movilización institucional que parara a esa gran bola de nieve que había venido haciéndose más y más grande⁶⁷.

Para evitar situaciones de esa naturaleza, los expertos defienden que en la ley también debería haber lugar para la indulgencia con los funcionarios que aceptaron sobornos y quieren denunciarlos; se impediría con esto la comisión de nuevos y continuados actos de corrupción, que tendrían su origen en otro ilícito también socialmente gravoso: la extorsión. La doctrina sostiene, con buenas razones, que la aprobación de *reglas de indulgencia* implica un riesgo mayor a la hora de ofrecer un soborno a un funcionario, pues nunca se podrá estar segura de no ser denunciado en algún momento⁶⁸.

De cualquier modo, hay que tener en cuenta que la utilización de la indulgencia como medida de lucha contra la corrupción debe ser diseñada de manera cuidadosa para no llegar a ser una espita abierta a la impunidad. Debe observar ciertos requisitos; en primer lugar, que la denuncia debe contener informaciones nuevas que no sean conocidas por el organismo investigador, en segundo término, ella debe ser útil para enjuiciar a otros individuos, y además, sólo podría beneficiarse de ella el funcionario corrupto que haya logrado su objetivo ilegal, y que no haya sido traicionado o denunciado antes⁶⁹.

En Brasil, la Ley 12.846/2013 prevé la indulgencia para empresas que denuncien ilegalidades en las que ellas estén involucradas cuando éstas sean cometidas contra la Administración Pública⁷⁰. Estas revelaciones han de ser formalizadas a través de un acuerdo por escrito, donde la entidad deberá informar sobre todos los hechos relacionados con la infracción. Para que la empresa pueda beneficiarse de la indulgencia estatal, la ley demanda que ella sea la primera en informar de la existencia de la infracción que interrumpa completamente sus actividades ilícitas desde la oficialización

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ BRASIL. Lei 12.846. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. 1 ago. 2013. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acceso en: 19 mar. 2014.

del acuerdo, y que reconozca su responsabilidad por los hechos⁷¹. Además, comprometerse a colaborar con las investigaciones⁷². Este régimen de reglas de indulgencia es una tendencia en el territorio nacional, la nueva Ley contra el crimen organizado de Brasil, aprobada en el año 2013, también establece condiciones para el empleo de la indulgencia a favor del llamado agente colaborador, que concretamente contribuye con la investigación criminal o con la instrucción procesal penal⁷³.

Según el artículo 4º de la ley 12.850/2013, el juez podrá perdonar al imputado o reducirle la sanción legalmente establecida, desde que el agente colaborador actúe concretamente en el sentido de practicar por lo menos uno de los siguientes actos: identificar a los miembros de la organización criminal; revelar las infracciones que han cometido; clarificar la estructura jerárquica de la banda y el papel desarrollado por cada uno dentro de ella; facilitar información que conlleve a la recuperación total o parcial del producto de los crímenes practicados; localizar las víctimas con su integridad física preservada. El objetivo de todas estas medidas de indulgencia establecidas por el ordenamiento es permitir al infractor que deje de practicar actos lesivos a la sociedad y vuelva a actuar con honestidad y rectitud en sus relaciones con la Administración Pública y los ciudadanos. Hasta ahora, en el análisis de mi definición de corrupción, me he referido a individuos que promueven, causan, practican o se arrepienten de haberla cometido. En otras palabras, me he hablado sólo de los *sujetos* de la corrupción, toca ahora pasar a hablar de su “objeto”.

1.5 Objeto de la corrupción

⁷¹. *Ibidem*. Art. 16, §1º

⁷² En una entrevista al periódico “Estado de Sao Paulo”, publicada el 24/01/2014, el Ministro de Transparencia de Brasil resaltó la importancia de esta nueva herramienta de lucha contra la corrupción, desde una perspectiva de las llamadas reglas de indulgencia. Jorge Hage explicó que la normativa permite a las empresas corruptas firmar acuerdos escritos con el Gobierno relativos a la práctica de actos con esa característica. Destacó que esta era una medida que solo era posible en Brasil con las llamadas infracciones al orden económico, pero que ahora también puede utilizarse en casos de corrupción. Nova lei anticorrupção irá obrigar empresas com conduta ilícita a devolver dinheiro - Política - ESTADO DE MINAS. Disponible en: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2014/01/24/interna_politica,491178/nova-lei-anticorrupcao-ira-obrigar-empresas-com-conduta-ilicita-a-devolver-dinheiro.shtml>. Acceso en: 26 mar. 2014.

⁷³ BRASIL. Lei 12.850. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal. 2 ago. 2013. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acceso en: 26 mar. 2014.

Jurídicamente hablando, el *objeto* fundamental de la corrupción son los actos ilícitos practicados por los agentes públicos. Y es que ellos tienen a su cargo una serie de tareas que son las que permiten que el Estado cumpla su papel; cuando ellos, abusando de su poder, obtienen una ventaja ilícita, están traicionando la confianza que se ha depositado en ellos. Teniendo en cuenta estas conductas desviadas, la sociedad exige que el Legislador haga su trabajo de crear tipos penales para sancionar el comportamiento reprochable de los funcionarios. De esta presión se originan los crímenes contra la Administración Pública, cuyo mayor exponente es el *delito de cohecho*, tradicionalmente reconocido como el típico acto de corrupción.

Con todo, a lo largo de los últimos años se ha observado una tendencia en el sentido de ampliar el abanico de conductas que hacen parte de este fenómeno⁷⁴. La incorporación de nuevos complejos fácticos al marco del delito, tales como la corrupción urbanística, la corrupción en el deporte y el tráfico de influencias⁷⁵. Esta evolución ha venido siendo motivada por la comprobación de los efectos dañinos para la sociedad ocasionados por ciertos grupos de conductas y prácticas. Tanto así, que esta realidad que ha sido reconocida por muchos tratados internacionales que se han ocupado del tema, como la CNUCC.

Este documento parte de la premisa de que la corrupción fomenta la violación de los derechos humanos, debilita el Estado democrático, perjudica el correcto funcionamiento de los mercados, disminuye la calidad de vida e incentiva la delincuencia organizada⁷⁶. Por ello, existe la necesidad de criminalizar conductas como el tráfico de influencias y la corrupción privada, hechos que hasta hace unos años no se encontraban bajo el paraguas de la corrupción⁷⁷. La causa de ello es el concepto tradicional al que siempre

⁷⁴ FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, *Op.cit.* p. 25

⁷⁵ LOPES, José Mouraz. **O espectro da corrupção**. *Op.cit.* p. 3.

⁷⁶ “la corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION. Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf > acceso en: 02 mar. 2014.

⁷⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: "Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas", *Op.cit.* p. 8-35

estuvo relacionado este fenómeno: “el abuso de la función pública en beneficio privado”⁷⁸. La ampliación del objeto tradicional de la corrupción se puede verificar también mediante la revisión del ordenamiento jurídico de varios países. Efectivamente, hasta los años ochenta del siglo XX, España no tenía un tipo penal que sancionara el *tráfico de influencias*, ello se debía justamente a que en este país se adoptaba un concepto restringido y clásico de corrupción, que vinculaba este comportamiento al crimen de cohecho. Los cambios ocurridos en la sociedad a lo largo de los últimos años, han llevado a que el Parlamento de muchos países se decida a incorporar este crimen al Código Penal, de tal forma que, hoy por hoy, el delito de tráfico de influencias está previsto en el artículo 346 del Código Penal italiano, en el artículo 434-9 del Código Penal francés y en el artículo 428 del Código Penal español del año 1995⁷⁹.

Otro cambio ostensible ante la evolución conceptual de la corrupción es la incorporación de nuevos bienes jurídicos, como el buen funcionamiento de los mercados, el de la competencia justa y el del llamado orden económico. Tradicionalmente se entendió que con la criminalización de este fenómeno el Legislador ha querido establecer condiciones para el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Pero, los estudios más recientes han demostrado que esto ha cambiado. La corrupción no puede ser considerada más como objeto exclusivo de la Administración Pública; ella afecta al orden económico, a las instituciones políticas y debilita el ejercicio de los derechos humanos, por ello se necesitan medidas efectivas para afrontarla, ello justifica la ampliación del objeto tradicional que hasta hoy conocimos⁸⁰.

Consciente de estos cambios, la CNUCC recomienda a los Estados crear tipos penales para sancionar conductas como el soborno en el sector privado y la malversación o peculado de bienes en el sector privado⁸¹. Desde una concepción tradicional de la corrupción estas conductas no podrían ser consideradas parte del fenómeno jurídico de

⁷⁸ LOPES, José Mouraz. **O espectro da corrupção**. *Op.cit.* p. 4.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5, p. 225.

⁸⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo: "Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas", *Op.cit.* p. 8-35.

⁸¹ Artículo 21 e 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf> acceso en 02/03/214.

la corrupción, pero recién han ingresado en su ámbito de incidencia, pues la actualidad ha mostrado lo dañino de sus consecuencias.

Así por ejemplo, Alemania prevé el crimen de corrupción en las relaciones privadas en el artículo 299 del Código Penal, que hace parte de los delitos contra la competencia⁸². Suecia, a su vez, ha optado por un régimen de equiparación del funcionario público a los sujetos privados, lo que supone un concepto ampliado de corrupción⁸³. España prevé el crimen de corrupción entre particulares en el artículo 286.bis del Código Penal⁸⁴.

Comentando la necesaria ampliación del objeto de la corrupción, García Mexía asegura que:

“corrupción pública y corrupción privada son las dos caras de una misma moneda. La corrupción en los poderes públicos tiene su correlato en los vicios de la sociedad, de igual modo que el gobernante corrupto lo tiene en el ciudadano, no menos corrupto, que desprecia sus deberes para con el interés general (defraudando impuestos, simulando desempleo, eludiendo prestaciones personales sin justificación, y de tantos otros modos)”⁸⁵.

Consciente de eso que aquí llamo *cambio o evolución del objeto*, Zarzalejo advierte que hoy "tan corrupto es un acto de malversación de fondos públicos, en provecho propio o

⁸² FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. *Op.cit.* p. 26.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ ESPAÑA. ARTÍCULO 286 bis: 1). Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del triple del valor del beneficio o ventaja. *BOE.es* - Documento consolidado **BOE-A-1995-25444**. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20121228&vd=#a286>>. Acceso en: 16 mar. 2014.

⁸⁵ GARCIA MEXIA, Pablo. **Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea**, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 49. *Apud.* ALFARO, Luis Humberto Contreras. **Corrupción y principio de oportunidad: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional**. *Op.cit.* disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=259317>>.

ajeno, como la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades anónimas"⁸⁶.

La evolución conceptual constante de la corrupción hace que se venga planteando la ampliación progresiva de su objeto, con lo que el Derecho trata de seguir el ritmo de una sociedad cambiante y con formas cada vez más refinadas de ilicitud. Como se dijo arriba, esa es tal vez la razón principal para que la CNUCC no haya fijado una definición del fenómeno. La realidad socioeconómica apunta en el sentido de que, poco a poco, el centro de gravedad de los actos de corrupción se está trasladando del ámbito de la Administración Pública al de las relaciones privadas, afectando a las empresas que compiten en un mercado cada vez más disputado y complejo.

1.6 Naturaleza de la corrupción

El análisis de las anteriores cuestiones permite concluir que la corrupción es un *acto ilícito* en sentido estricto, y las consecuencias de su comisión están definidas en la ley. En tal sentido es una *conducta voluntaria y consiente* de la persona, que transgrede un deber previamente fijado en la Constitución y las leyes, y por ello afronta las sanciones establecidas en el ordenamiento⁸⁷. Desde otra perspectiva, también es una conducta ilegítima que ha venido haciéndose cada vez más visible, y consecuentemente, ha venido generando más y más rechazo en muchas sociedades contemporáneas. Sin embargo, hasta fines del siglo XX, muchos estudios económicos analizaban a la corrupción sólo desde una mirada funcionalista⁸⁸. Se entendía que ella jugaba un papel importante en la sociedad, creaba condiciones para que el Estado funcionara y que las empresas alcanzaran a la eficiencia⁸⁹. Era vista como el lubricante de la máquina de la

⁸⁶ ZARZALEJOS, J. A. "Descripción del fenómeno de la corrupción", W.A.A. "Corrupción y ética". Cuadernos de Teología Deusto, N° 9, 1996, *Apud.* ALFARO, Luis Humberto Contreras. *Ibidem.* p. 133.

⁸⁷ LOPES SILVA, Lucilia; TORRES, Alcídio. **O Combate contra a Corrupção e pela Promoção da Ética em Portugal e no Brasil.** *Op.cit.* p. 45-46.

⁸⁸ PATINO, María Victoria Muriel. Economía, corrupción y desarrollo. En FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Org.). **La corrupción : aspectos jurídicos y económicos.** Salamanca: Ratio Legis, 2000, pp. 27-32.

⁸⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan, "Economía política de las raíces de la corrupción: investigación y políticas públicas". En SANDOVAL, Irma Eréndira (Org.). **Corrupción y transparencia:** debatiendo las fronteras entre estado, mercado y sociedad. [S.l.]: Siglo XXI, 2009. Disponible en: <http://books.google.es/books?id=gW7hUGWttzAC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=%22economia+politica+de+las+raices+de+la+corrupcion%22+susan&source=bl&ots=hZpOA5t_DG&sig=Be30VEy5ePujB_Y7eJI2S06n_YA&hl=pt-

democracia occidental, como dijera Wiston Churchill. Desde esa óptica, el soborno que se pagaba al funcionario tenía como objetivo permitir que la empresa obtuviera un permiso para desarrollar su actividad y alcanzara a la eficiencia, lo que “sin duda” era bueno para la sociedad en general. En otras palabras, la corrupción permitiría a la empresa superar los obstáculos creados por la burocracia administrativa facilitaría el desarrollo de su actividad económica y fomentaría la creación de empleos y la recaudación de tributos, beneficiando a todos⁹⁰.

Así por ejemplo, Posada Carbo llama la atención en que según la opinión del famoso empresario estadounidense Henry Ford (fundador de Ford Motor Company), la corrupción era bastante positiva, pues abría nuevas puertas para los llamados grupos sociales en ascenso, consideraba que era un importante factor de integración de la sociedad norteamericana⁹¹.

Si uno revisa las circunstancias del estrepitoso crecimiento de China, se dará cuenta de que el índice de percepción social de la corrupción es enorme. El estudioso del desarrollo económico de ese país, Esteban Rodríguez, señala que a pesar de ello, el gigante asiático es considerado como una de las economías más desarrolladas del mundo⁹². La corrupción no ha sido óbice para que el país mantenga una tasa de crecimiento superior a un 7% al año y un PIB de US\$ 8,28 billones el año de 2012⁹³.

Como decía antes, la teoría funcionalista sostiene que la corrupción es útil cuando el Estado no es capaz de asegurar servicios públicos eficientes a los ciudadanos⁹⁴. El

BR&sa=X&ei=QLiNU7_uGqX00gXL5YGQDw&ved=0CF8Q6AEwBg#v=onepage&q=%22economia%20politica%20de%20las%20raitces%20de%20la%20corrupcion%22%20susan&f=false>. Acceso en: 3 jun. 2014.

⁹⁰ LEFF, N. Economic Development through Bureaucratic Corruption. VV.AA. **Political Corruption**. New Jersey, 1989, p. 389 y ss. *Apud.* ALFARO, Luis Humberto Contreras. **Corrupción y principio de oportunidad: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional**. *Op.cit.* p. 141.

⁹¹ CARBÓ, Eduardo Posada. **Corrupción y democracia: la rebelión del ciudadano indignado**. Claves de razón práctica, n. 45, p. 16–23, 1994, p. 17 *Apud.* ALFARO, Luis Humberto Contreras. *Ibidem.* p. 141.

⁹² RODRÍGUEZ, Mario Esteban. **Corrupción y gobernanza en China**. Disponible en: <<http://www.casaasia.es/governasia/boletin4/articulo3.html>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

⁹³ Agências Internacionais. Com leve alta no último trimestre, PIB da China cresce 7,8% em 2012. Disponible en: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/01/economia-chinesa-cresce-78-em-2012-menor-taxa-em-10-anos.html>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

⁹⁴ LÓPEZ, Fernando Rodríguez. Introducción al análisis económico de la corrupción, p. 21–26, 2000. En FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Org.). **La corrupción: aspectos jurídicos y económicos**. Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 21.

soborno que se paga al funcionario es un incentivo para que realice un acto que no haría en condiciones normales a causa de la falta de una estructura administrativa. El soborno que se paga al médico público para que atienda a un cierto número de enfermos en su día de descanso permite a estos ciudadanos recibir el tratamiento de que necesitan, pero que no pudieron obtener a causa de la falta de estructura de los hospitales públicos. Los funcionalistas también aseguraban que la corrupción también sería capaz de generar un aumento de la renta de los funcionarios públicos⁹⁵. Ellos pasarían entonces a disponer de más recursos para adquirir bienes y servicios. Y el incremento del consumo fomenta a la actividad económica, genera más empleo y aumenta la recaudación de tributos, de tal forma que todos ganarían a causa de estas prácticas ilícitas. Desde el paradigma funcionalista, la corrupción actúa como una especie de tasa aplicada a los ciudadanos en general, con el objetivo de permitir que todos puedan acceder a los servicios públicos y a otros bienes, se justificaría así una cierta tolerancia con respecto a tales conductas⁹⁶.

Tras el trabajo de Peter Eigen y Rose-Ackerman tal concepción ha llegado ser superada. Estos expertos han demostrado que la corrupción produce innumerables efectos negativos a la sociedad, como la pérdida de legitimidad de las instituciones públicas⁹⁷, la mala asignación de recursos oficiales⁹⁸, la disminución de la inversión extranjera⁹⁹, el aumento de la violencia¹⁰⁰, la ineffectividad de los derechos fundamentales¹⁰¹, y la

⁹⁵ BOLLE, Pierre-Henri: "**Pratiques de corruption et transactions internationales**", RIDP, n.o 1-2 (1982), p. 340; KLITGAARD, Robert: "Estrategias para combatir la corrupción", ICE, n.o 741 (mayo 1995), p. 30. En FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. *Op.cit.* p. 31.

⁹⁶ *Ibidem.* p. 32

⁹⁷ BERNASCONI, Paolo: "**Convenzione internazionale sulla prevenzione e la lotta alla corruzione di pubblici ufficiali**", RTDPE, 1993 (1), p. 1130. *Apud.* FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. *Ibidem*, p. 29/30.

⁹⁸ Uno de cada cuatro euros destinados a contrataciones públicas en España se pierde en prácticas corruptas. Teniendo en cuenta que las licitaciones de este tipo mueven alrededor del 18,6% del PIB, la economía española pierde más de 47.000 millones de euros en prácticas ilegales. Unas cifras enormes que corresponden al informe sobre corrupción en la UE que ha elaborado la Comisión Europea y que pone de relieve los deficientes controles existentes en España para combatir esta lacra que afecta de algún modo a todos los Estados miembros y que cuesta a la UE más de 120.000 millones de euros al año. *Los corruptos se quedan con el 25% del dinero de las contrataciones*. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/espana/2014/02/04/52f04cfc268e3e06358b4586.html>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

⁹⁹ FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. *Ibidem.* p. 35.

¹⁰⁰ MURIEL PATINO, V. "Economía, corrupción y desarrollo", *Apud.* ALFARO, Luis Humberto Contreras. **Corrupción y principio de oportunidad: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional**. *Op.cit.*05, p. 131.

exclusión social¹⁰². Todas esas consecuencias permiten asegurar que la corrupción no es beneficiosa, sino que, por el contrario, es dañina para la sociedad y los ciudadanos. Una Ley de Transparencia que pretenda afrontar este mal debe crear condiciones para que cada uno de estos efectos negativos puedan llegar a ser neutralizados. Por eso son tan importantes los canales de participación ciudadana en las decisiones administrativas, pues ellos actúan directamente sobre la legitimidad de los gobernantes. Al facilitar el acceso a la integralidad de los procesos de licitación se evita la mala asignación de recursos públicos, y permitiendo el conocimiento de unas reglas de contratación fiables se favorece a la inversión extranjera.

1.7 Corrupción como patología social

El escenario que se ha presentado hasta aquí permite avizorar que la complejidad del fenómeno de la corrupción hace necesarias medidas efectivas que vayan mucho más allá del mero Derecho Penal.

Haciendo eco de esta idea, Mouraz Lopes señala que desde la perspectiva de los estudios políticos, económicos, criminológicos y sociológicos más recientes, la corrupción es analizada como “patología social”, lo que la vincula directamente a la ciudadanía. En ese entendido, los remedios son de diferente naturaleza, tanto preventivos, como represivos¹⁰³. En el capítulo subsiguiente se revisará lo que considero como un *remedio preventivo* fundamental en la lucha contra la corrupción: la transparencia gubernamental.

¹⁰¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 81, 2009.P. 8-35.

¹⁰² GIL VILLA, Fernando. **La Cultura de la Corrupción**. *Op.cit.* p. 55-59.

¹⁰³ LOPES, José Mouraz. **O espectro da corrupção**. *Op.cit.* p. 16.

CAPITULO II

2. La transparencia gubernamental activa

2.1 Origen

En la historia de la humanidad las decisiones de Poder siempre han estado marcadas por la ética del secreto y la oscuridad. Fueron los suecos quienes, bien entrado el siglo XVIII aprobaron la que es considerada la primera Ley de Acceso a la información y los documentos públicos de la historia, con la aprobación de la Real Ordenanza sobre la Libertad de Prensa en 1766¹⁰⁴. A pesar de haberse convertido en un hito para los derechos de los individuos ante la Administración, esta ley no tuvo aplicación efectiva a causa de problemas internos de Suecia pero, en todo caso, siempre mantuvo el acceso a la información como un derecho de los ciudadanos. Luego de varias reformas, el texto actualmente en vigor fue aprobado en el año 1974, y goza de rango constitucional por previsión expresa de la Ley Fundamental de aquel país¹⁰⁵. La iniciativa Sueca ha influenciado a los demás países escandinavos a aprobar leyes de acceso a la información¹⁰⁶. Esta tendencia también ha sido seguida por Estados Unidos y por varios países de su área de influencia.

Merece la pena señalar que la ley estadounidense del año 1966 es considerada por muchos expertos como la principal ley de transparencia de la actualidad, aunque también se tenga como cierto que ella no alcanzó su efectividad hasta la reforma llevada a cabo en el año 74, tras el escándalo del caso Watergate¹⁰⁷.

Entre finales de los setenta y principios de los noventa, se sumaron países latinoamericanos y de Europa occidental, lo que amplió ostensiblemente el debate

¹⁰⁴ POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. **El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos**. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. 1989. p. 9.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José María. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. 1. Ed. Navarra: Thomson Reuters- Arazandi, 2014, p. 25.

alrededor del tema de la transparencia. Merece la pena destacar en este periodo la ley francesa del año 1978, que aseguró el derecho de acceso a los documentos administrativos, promovió un verdadero cambio en la cultura de transparencia en aquel país¹⁰⁸. Desde finales de los noventa y principios del siglo XXI hubo una verdadera explosión de leyes de transparencia y acceso a la información pública; Reino Unido, Alemania y Suiza¹⁰⁹, además varias de las Repúblicas que estaban integradas en la Unión Soviética hasta la caída del muro de Berlín, incluida la propia Rusia. También fueron aprobadas normas similares en países de América Central y del Sur, Asia y África. De este modo, la *transparencia gubernamental* se ha convertido en una realidad global. Conviene destacar la aprobación de la Ley Modelo Interamericana sobre Derecho de Acceso a la Información Pública aprobada por la Asamblea General de la OEA en 2010¹¹⁰, y del Convenio N° 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos¹¹¹.

No se puede pasar por alto que el Tratado de Funcionamiento de la UE (de 2007¹¹²) reconoce a todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, el derecho a acceder a los documentos de las instituciones y órganos de la Unión, cualquiera que sea su soporte¹¹³. La ola de universalización del derecho de acceso y de participación ciudadana alcanzó

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. Madrid: Tecnos, 2014, p. 18.

¹¹⁰ OEA. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Text. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 1 mayo 2014.

¹¹¹ CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE EL ACCESO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS. Disponible en: <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convention_on_Access_to_Official_Documents_CofE_es.pdf>. Acceso en: 2 mayo 2014.

¹¹² UE. TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. 13 diciembre 2007. Disponible en: <<http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>. Acceso en: 8 mayo 2014.

¹¹³ UNIÓN EUROPEA. ARTÍCULO 15: 1). A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura. 2). Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo. 3). Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

también a Brasil ¹¹⁴ y a España ¹¹⁵, que aprobaron sus respectivas leyes de transparencia gubernamental, incorporando esta herramienta anticorrupción en su ordenamiento jurídico.

La gran expansión que ha conocido el discurso de la transparencia no se predica tan solo a nivel geográfico, también se observa una expansión cualitativa en la forma en la que los Estados han empezado a reglamentar internamente el ejercicio de ese derecho de acceso ¹¹⁶. Así que se ha pasado de un modelo donde la transparencia era considerada como un *derecho público subjetivo* del ciudadano frente a la Administración (en la línea de la concepción clásica de Jellineck) a un modelo que la vincula a la categoría de los *derechos fundamentales*, o incluso, a la de los derechos humanos.

El derecho de acceso ha ido evolucionando en cuanto a su atribución, en la misma dirección en la que los derechos fundamentales. Así, mientras que las leyes de transparencia más antiguas consideraban como sujetos obligados tan solo a las Administraciones Públicas en sentido estricto (exclusivamente los órganos y entidades que forman parte del poder ejecutivo), las leyes más recientes incluyen también a las otras ramas del poder público e incluso a sujetos privados que colaboran con ellas, como es el caso de las entidades privadas que reciben recursos públicos. En cuanto al objeto del que se predicaba la transparencia, antes se limitaba exclusivamente a los *documentos administrativos*, pero las normativas más modernas caminan en el sentido de establecer que el objeto de ese derecho es la *información en poder de los sujetos obligados*. Esta concepción comporta una enorme ampliación respecto de la anterior, toda una vez que abarca todos los datos, procesados o no, que pueden ser utilizados para

¹¹⁴ BRASIL. Ley nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. , 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

¹¹⁵ ESPAÑA. Ley nº 19/2013. Ley de transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José María. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. *Op.cit.* 19-25.

producir o transmitir conocimiento, independientemente del medio, soporte o formato utilizado para guardarlos¹¹⁷.

En cuanto al papel de la llamada publicidad activa, mientras que las primeras leyes consideraban que ella jugaba un papel secundario en materia de transparencia gubernamental, las normas más actuales fomentan su utilización por la Administración Pública, lo que también ha resultado del desarrollo de las nuevas tecnologías que permiten una mayor divulgación de la información. Como señala Fernández Ramos:

"Una de las diferencias más claras entre las Leyes de acceso a la información de los años 70 a 90 y las posteriores, es el escaso peso que en las primeras presentaban los deberes de publicidad activa de información de interés público a cargo de las autoridades públicas, prácticamente limitados a la publicación de circulares e instrucciones de interpretación y aplicación de las normas, como sucedía con el artículo 37 LRJPAC. En cambio, el salto extraordinario que han supuesto desde entonces las nuevas tecnologías de la información, determina que la publicidad proactiva presente hoy en día una dimensión hasta hace no mucho inimaginable, y que tiene su correspondiente reflejo en las Leyes comparadas más modernas, lo que ha llevado a incorporar en muchos casos la voz "transparencia" al propio título de la Ley (como Ley Federal de México de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002)"¹¹⁸.

Otro dato importante a ser tenido en cuenta es que las leyes más modernas procuran simplificar el procedimiento administrativo de acceso a la información, con el acortamiento de los plazos de respuesta y la ampliación de los canales de contacto entre el titular del derecho y la Administración Pública, lo que también es posible a causa de las nuevas tecnologías.

¹¹⁷ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 4º: Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato; (...)BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso: 8 mayo 2014.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. *Ibidem*. p. 101-102.

Por último, todavía observamos que las leyes más avanzadas prevén la creación de órganos independientes, dotados de personalidad jurídica propia y con competencia para emitir decisiones en esta materia, funcionando como verdaderas agencias independientes. Esta independencia es imprescindible para cualquier ley que tenga como objetivo la lucha contra la corrupción.

2.2 Concepto y naturaleza jurídica de la transparencia gubernamental

Desde un punto de vista semántico, el término “transparencia”, se refiere a la cualidad de ser transparente, que deja pasar la luz, que permite ver con claridad a través de él y que es fácil de comprender^{119 120}. Por su parte, la palabra “gobernar” significa guiar o dirigir un país o colectividad política¹²¹. El Consejo de Transparencia de Chile, sin duda uno de los más desarrollados del mundo, clarifica que:

“la Transparencia Activa es la obligación que tienen los organismos públicos de entregar cierta información relevante y actualizada cada mes de cómo están organizados, sus contratos y contrataciones, así como distintos modos de relación con la ciudadanía (transferencias, beneficios, mecanismos de participación) entre otros. Esta obligación se fundamenta en la entrega de información pública relevante a la ciudadanía y al público en general; entrega que debe ser permanente, actualizada y de forma accesible y comprensible”¹²².

Como se puede observar, se trata de una definición muy sencilla, pero que atiende al objetivo que se propone, que es definir con claridad el objeto y el sentido de la transparencia activa. Pero esa misma claridad no se verifica cuanto a la naturaleza

¹¹⁹ La Real Academia Española de la Lengua, define a la Transparencia como: “Cualidad de transparente”. RAE. **Diccionario de la lengua española**. Disponible en: <<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>. Acceso en: 6 mar. 2014.

¹²⁰ El diccionario de la Real Academia Española, define transparente como: “Claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad.”RAE. **Diccionario de la lengua española**. Disponible en: <<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>. Acceso en: 6 mar. 2014.

¹²¹ RAE. **Diccionario de la lengua española**. Disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=gobierno>>. Acceso en: 4 mayo 2014.

¹²² CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE CHILE. Disponible en: <<http://www.consejotransparencia.cl/que-es-la-transparencia-activa/consejo/2012-12-19/230022.html>>. Acceso en: 4 mayo 2014.

jurídica del *derecho de acceso a la información*, el tema se torna bastante más polémico en el derecho español, donde el tema genera no pocas discusiones entre los expertos¹²³. Hay quienes sostienen que el derecho de acceso es un derecho fundamental cuya base jurídica es el artículo 20.1.d. de la Constitución española¹²⁴. Este precepto consagra la *libertad a la información* como derecho fundamental, inserto en el Capítulo Segundo, Sección 1ª del Título I¹²⁵.

En este sentido, el derecho de acceso es una manifestación concreta del derecho constitucional a recibir información, y el deber de la Administración de permitir el libre acceso a la información administrativa sería el correlato de tal derecho y la consecuencia directa de los principios de publicidad, transparencia y democracia¹²⁶. Se trata entonces de uno de los llamados “derechos de tercera generación”, caracterizado como un índice *de calidad* de los regímenes *democráticos* en nuestros días¹²⁷.

Esa interpretación permite a los ciudadanos interponer el Recurso de Amparo en el caso de que el Estado no les facilite la información demandada y si demuestran que el objeto de su solicitud tiene transcendencia constitucional, tal y como prevé el artículo 53.2 de la Constitución española^{128 129}.

Otros autores defienden que el de acceso se caracteriza como un *derecho constitucional autónomo* de configuración legal cuyo fundamento de validez es el artículo 105.B, que asegura a los ciudadanos el derecho de acceso a los archivos y registros

¹²³ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p.17.

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ ESPAÑA, Constitución española. ARTÍCULO 20: Libertad de expresión1. Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio **La Constitución española de 1978**. Disponible en: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>>. Acceso en: 3 mayo 2014.

¹²⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. **El derecho de acceso a los documentos administrativos**. Madrid: Marcial Pons. 1997.p. 350-358.

¹²⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. *Op.cit.* p. 19-25.

¹²⁸ ZAMORA, Miguel Agudo et al. **Manual de Derecho Constitucional**. 3. Ed. Madrid: Tecnos, 2013. Parte IV Capítulo XV apartado 4.1.

¹²⁹ **Constitución española** de 1978. Disponible en: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=53&fin=54&tipo=2>> Acceso en: 3 mayo 2014.

administrativos¹³⁰. Se le otorga de esta manera independencia respecto de la libertad de información.

Y efectivamente, cuando fue aprobada la Constitución de España, en el año 1978, la libertad de información de que trata el artículo 20.1.d fue concebida como una limitación impuesta al Estado en el sentido de no interferir en el proceso de comunicación entre particulares¹³¹. Era una garantía que aseguraba las condiciones necesarias para poder disfrutar del derecho a la libre difusión de ideas; no tenía nada que ver con el derecho de acceso a la información.

A esta misma conclusión llegó el Tribunal Constitucional de España en la sentencia 161/1988 de 20 de septiembre de 1988 al rechazar el recurso de amparo de un ciudadano que quería ver asegurado su derecho de acceso a determinados documentos que le fueron negados por la administración¹³². En aquella oportunidad, El TC dijo que el derecho de acceso a documentos y archivos deriva del artículo 105.b de la Constitución y no del artículo 20. Por eso se puede afirmar que en España no es considerado como un derecho fundamental. En esa medida, se encuentra excluido de la posibilidad del Recurso de Amparo constitucional, conforme establece el artículo 53.2 de la Constitución.

En este sentido se ha manifestado también la sala tercera del Tribunal Supremo de ese país en sentencia del 19 de mayo de 2003¹³³. En esa oportunidad, el juez don Manuel Goded Miranda señaló que el derecho de acceso constituye un derecho de configuración legal, como determina el artículo 105.b de la Constitución, con lo cual no se caracteriza como derecho fundamental.

No obstante, al margen de esta controversia en el seno del derecho constitucional español, desde la perspectiva de la comunidad internacional resulta evidente que el

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. **El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos**. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1989. p. 116.

¹³² ESPAÑA. Tribunal Constitucional. SENTENCIA 161/1988. 20 set. 1988. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/161#complete_resolucion&completa>.

¹³³ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p.40.

derecho de acceso a la información pública tiene la naturaleza de derecho fundamental. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoce que el derecho de acceso a la información es esencial para la libertad de expresión. Esta conclusión que se extrae del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 30 de diciembre del año 1948¹³⁴.

A la misma conclusión a que ha llegado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que se ha manifestado a tal respecto en las sentencias de los casos *Társaság a Szabadságjogokért vs Hungría* y *Kenedi vs Hungría*¹³⁵. En ambos explicó que el derecho de acceso deriva del hecho ineludible de que la administración pública mantiene un monopolio respecto a la titularidad de muchas informaciones, por ello es imprescindible divulgarlas como mera forma de reequilibrar el juego de poder que hay entre el Estado y los particulares. Y en efecto, la Administración Pública posee mucha información en comparación con los ciudadanos, y la obtiene a través de diferentes canales, muchos de ellos alimentados por los propios particulares. Se trata de información que es única por su diversidad y universalidad¹³⁶. Ella se convierte en instrumento de poder en manos del Estado que pasa a detentar conocimientos que el ciudadano no posee ordinariamente.

Por esta razón el *derecho de acceso a la información pública* es esencial en el Estado democrático, pues, sí por un lado él permite a los ciudadanos conocer y controlar todos los actos de la Administración Pública, por otro reequilibra un poco las fuerzas de poder en la sociedad.

¹³⁴ ARTÍCULO 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. NACIONES UNIDAS. **Declaración Universal de Derechos Humanos**. Disponible en: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>. Acceso en: 4 mayo 2014.

¹³⁵ GUICHOT, Emilio et al. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 37.

¹³⁶ VEIGA, Alexandre Brandao Da. **Acceso à Informação da Administração Pública pelos Particulares**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 17.

Esa comprensión se hizo evidente en el juicio del caso *Társaság a Szabadságjogokért* contra Hungría, del 14 de abril del año 2009 (App. núm. 37374/05¹³⁷), caso que supuso un cambio en la jurisprudencia del TEDH. Concretamente, los hechos comienzan cuando la Unión de Libertades Civiles Húngara, una organización no gubernamental cuyo objetivo declarado es promover los derechos fundamentales, solicitó información sobre un recurso planteado ante el Tribunal Constitucional Húngaro y el mencionado acceso le fue denegado por la Corte. Inconforme por la respuesta, la entidad presentó un recurso al TEDH, que revisó la sentencia del Tribunal Constitucional y le reconoció el derecho de acceso a los documentos¹³⁸. El argumento fue la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información. Esta decisión ha producido un cambio en la jurisprudencia del TEDH, permitiéndole avanzar hacia una interpretación más profunda del concepto de derecho *de acceso* y de *libertad de recibir información*.

A su vez, la sentencia *Kenedi vs. Hungría*, de 26 de mayo de 2009 (Appl. núm. 31475/05¹³⁹) se origina a partir de una decisión que niega al señor Kenedi el derecho de acceder a ciertos documentos oficiales, incluso después de haber obtenido una sentencia favorable de los tribunales húngaros. El interesado quería acceder a esos documentos porque deseaba escribir un estudio sobre el funcionamiento del Servicio de Seguridad del Estado húngaro en la década de 1960, período en que ese país estaba bajo el régimen comunista. En este caso, de forma paradigmática, el TEDH resaltó que el acceso a las fuentes documentales originales para la investigación histórica legítima constituye un elemento esencial del ejercicio del derecho del demandante a la *libertad de expresión*; de esta vinculación se extrajo su naturaleza de derecho fundamental.

Además de estos dos precedentes, está la sentencia más reciente, del caso *Youth Initiative for Human Rights vs. Serbia*, de 25 de junio de 2013 (Appl. núm.

¹³⁷ CASE OF TÁRSASÁG A SZABADSÁGJOGOKÉRT v. HUNGARY. 37374/05). 14 jul. 2009. Disponible en: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22dmdocnumber%22:\[%22849278%22\],%22itemid%22:\[%22001-92171%22\]}>](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22dmdocnumber%22:[%22849278%22],%22itemid%22:[%22001-92171%22]}>)>. Acceso en: 5 mayo 2014.

¹³⁸ DIEGO, Manuel Sánchez de. **El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública**. A vueltas con el Estado. [S.l: s.n.]. Disponible en: <<http://sanchezdediego.blogspot.com.es/>>. Acceso : 4 mayo 2014. Acceco : 28 abr. 2014.

¹³⁹ *Ibidem*.

expresión y que comprende el derecho de buscar, recibir y divulgar informaciones e ideas, verbalmente o por escrito, sin atender a fronteras, salvo en los casos en que se aplique una restricción legítima¹⁴⁵. Por su parte, la Ley Modelo Interamericana también reconoce el carácter iusfundamental del derecho de acceso a la información pública, y además lo considera imprescindible para fomentar la transparencia de las instituciones e incentivar la participación ciudadana en la toma de decisiones.

Así las cosas, desde el punto de vista comunidad internacional, el derecho de acceso a la información es considerado un *derecho fundamental*, y la base para su reconocimiento se encuentra en la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos. Coincidiendo con todos estos precedentes, la Ley de Transparencia de Brasil se suma al reconocimiento del derecho de acceso a la información la naturaleza jurídica de derecho fundamental, reproduciendo en este aspecto la idea consagrada en la Constitución del año 1988, que lo incorporó en el título de los derechos fundamentales¹⁴⁶.

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. “ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). nov. 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acceso en: 6 mayo 2014.

¹⁴⁵ Este es el sentido que mantiene el párrafo 77 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

¹⁴⁶ “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes.(...)” BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso: 8 mayo 2014.

2.3 Ámbito de incidencia de la transparencia gubernamental

La definición del ámbito de incidencia de la ley de Transparencia Gubernamental está directamente relacionada con el espacio político dentro del cual ella debe producir sus efectos. La identificación de este espacio no genera grandes dificultades para los juristas en general, más aún si utilizamos como criterio el principio de Soberanía, tan caro a los estados modernos¹⁴⁷. Recordemos que la soberanía se entiende como la capacidad del Estado de ejercitar el poder político sobre un territorio de forma suprema e independiente¹⁴⁸. En este orden de ideas, las leyes aprobadas por el Estado suelen producir efectos dentro de los límites de las fronteras geográficas de su respectivo territorio, como consecuencia de la aplicación de dos principios ya clásicos: el de *locus regit actum*¹⁴⁹ y el de continuidad¹⁵⁰. De este modo, la Ley de Transparencia gubernamental produce efectos en todo el territorio político del Estado, hasta que otra ley le modifique o revoque. Se impone a todos los órganos y entidades públicos que estén bajo el mismo régimen normativo, regla que vigora en el artículo 2º de la Ley de introducción a las normas del derecho brasileño¹⁵¹, normas en igual sentido están presentes también en otros ordenamientos como el español¹⁵², o en el portugués¹⁵³.

¹⁴⁷ Definición de la RAE: “ La que reside en el pueblo y se ejerce por medio de sus órganos constitucionales representativos. RAE. **Diccionario de la lengua española**. Disponible en: <<http://lema.rae.es/drae/?val=soberania>>. Acceso en: 6 mar. 2014.

¹⁴⁸ VERRILLI, Antonio; SOLENNE, Diego. **Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore. 2013. p. 5.

¹⁴⁹ DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27. Ed. Sao Paulo: Saraiva. 2007. p. 74-84.

¹⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquemático**. Sao Paulo: Saraiva. 2011. p. 65.

¹⁵¹ ARTICULO 2º: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.- BRASIL. Decreto-Lei 4.657. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. 4 set. 1942. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acceso en: 6 mayo 2014.

¹⁵² ESPAÑA. **Código Civil**. 2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado. “GOBIERNO DE ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. , 25 jul. 1889. Disponible en: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

¹⁵³ ARTIGO 7º (Cessação da vigência da lei)1. Quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei. PORTUGAL. 47344. Código Civil. , 25 nov. 1966. Disponible en: <<http://www.verbojuridico.com/download/codigocivil2010.pdf>>. Acceso: 6 mayo 2014.

Pero esta solución, que se ofrece muy sencilla en el caso de los Estados unitarios, como Chile¹⁵⁴, o como Ecuador¹⁵⁵, se complica en cierta medida cuando nos referimos a Estados compuestos¹⁵⁶, bien federales o bien autonómicos, ya que en este tipo de modelos existen altos niveles de descentralización política, lo que genera diferentes niveles de gobierno, todos ellos con autonomía para aprobar leyes o normas con rango de ley que regirán dentro de su propio territorio¹⁵⁷.

Así, lo que caracteriza el Estado Federal es el hecho de que dentro de un mismo territorio y sobre las mismas personas, concurre la actuación política de dos gobiernos distintos, el federal y el estadual o regional¹⁵⁸. Cada uno de estos niveles tiene capacidad para gestionar los intereses públicos de los ciudadanos en su esfera de actuación¹⁵⁹. La compatibilidad de los principios de *soberanía* y *autonomía* dentro de un mismo espacio político, se ha logrado entendiendo a la autonomía como el atributo reconocido a cada uno de los miembros de la federación para organizar sus propios servicios administrativos y aprobar leyes que vigorarán en su territorio¹⁶⁰.

¹⁵⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE: Artículo 3°. “El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley”. En: CHILE. Constitución política de la República de Chile. Disponible en: <http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2014.

¹⁵⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. ECUADOR. CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acceso en: 11 mayo 2014.

¹⁵⁶“Las entidades políticas territoriales que forman parte del Estado federal adoptan diferentes denominaciones según el ordenamiento jurídico de cada uno de ellos. Así es que hay países que adoptan la terminología Estados miembros, mientras que otros prefieren términos como regiones o länder.” VERRILLI, Antonio; SOLENNE, Diego. **Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore. 2013. p. 5.

¹⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. pp. 5-6.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009, p. 848.

¹⁵⁹ VERRILLI, Antonio; SOLENNE, Diego. **Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore. 2013. p. 8.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.* p. 848.

Lo mismo pasa en el Estado autonómico español donde, a raíz del pacto político fijado en la Constitución del año 78, el Estado y las Comunidades Autónomas tienen competencia para aprobar leyes sobre determinadas materias¹⁶¹. Con todo, existe la posibilidad de que la aprobación de leyes sobre materias comunes pueda llegar a generar conflictos normativos entre el poder central y el poder de los Estados miembros o de las comunidades autónomas, esta sería la causa de que en casos concretos se creara una cierta inseguridad jurídica. Dos soluciones suelen presentarse en estos casos. La primera es considerar que la ley aprobada por el Estado miembro o Comunidad Autónoma prevalece frente a la ley aprobada por el gobierno central, teniendo en cuenta el reparto de competencias asegurado en la Constitución. De este modo, para el caso que aquí interesa, la norma de la entidad territorial descentralizada podría excluir determinados órganos o entidades públicas del ámbito de incidencia de la Ley de Transparencia, podría también reducir los actos oficiales que deben ser publicados a través del órgano de promulgación oficial o la prensa, o ampliar las hipótesis de secreto, aunque la ley nacional establezca lo contrario. Cuando esto sucede, se toma en cuenta el poder que para ello ha recibido directamente de la Constitución; esta apelación constitucional permite que estas restricciones estén dentro de lo previsto por el pacto político fijado en aquél documento fundamental.

Otra interpretación posible consiste en decir que la Ley de Transparencia que ha sido aprobada por el poder central establece patrones mínimos e infranqueables sobre este tema, de tal forma que las Comunidades Autónomas o los Estados miembros no están autorizados a restringir el ámbito de incidencia de la ley, y sólo le será permitido desarrollar su contenido o ampliar su objeto como forma de garantizar una mayor participación ciudadana¹⁶². Desde esa perspectiva, la Ley de Transparencia aprobada en alguna entidad del segundo nivel no puede reducir el catálogo de sujetos obligados a la transparencia gubernamental, ni tampoco puede ampliar los casos de secreto fijados en la ley nacional, so pena de disminuir la posibilidad de control ciudadano de los actos del poder público. Por decirlo con otras palabras, la interpretación que conlleva que los Estados miembros o a las Comunidades Autónomas puedan restringir el ámbito de

¹⁶¹ LOPEZ GUERRA, Luís (Org.). **Derecho constitucional**. 9a. ed, Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 289.

¹⁶² GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 18.

incidencia de la Ley de Transparencia tiene como efecto crear islas de oscuridad en el territorio del Estado nacional, con lo cual favorece a la práctica de actos de corrupción, una circunstancia que resulta contraria a las normas internacionales sobre el particular.

De hecho, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 recomienda a todos los Estados que adopten medidas para facilitar la transparencia gubernamental y la rendición de cuentas, instrumentos imprescindibles para el efectivo control ciudadano de los actos del poder público en general y de los actos de corrupción en particular^{163 164}.

Tomando en cuenta estos principios es que la Ley de Transparencia de Brasil dispone que los preceptos que ella establece orientarán a *todas las entidades políticas de la federación* a la hora de fijar sus reglas de transparencia y acceso a la información¹⁶⁵.

¹⁶³ NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. ARTÍCULO 10: Información pública. Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública. NACIONES UNIDAS. **Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción**, 2003. Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso en: 16 mar. 2014.

¹⁶⁴ NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. ARTÍCULO 13: Participación de la sociedad. 1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes: a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones; b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información. NACIONES UNIDAS. **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**. 2003. Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso en: 16 mar. 2014.

¹⁶⁵ BRASIL. Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII

Añade que, independientemente del contenido de la ley de cada uno de ellos, toda la Administración Pública Directa e Indirecta queda obligada al deber de transparencia activa. Así, aunque tengan competencia para aprobar leyes de transparencia y acceso a la información en su propio territorio, los Estados, los municipios y el Distrito Federal no pueden restringir el ámbito de incidencia de la Ley de Transparencia aprobada por el Congreso Nacional, lo que enfrentaría a la Constitución Federal con la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción.

A esta conclusión también ha llegado el Tribunal Constitucional de Brasil en una Acción de Inconstitucionalidad que puso de manifiesto el tema de los límites de la competencia compartida de los Estados para reglamentar determinadas materias¹⁶⁶. Concretamente, se trataba de una discusión sobre los límites de aplicación de una Ley Estadual que iba en contra una Ley Federal en un caso donde la Constitución brasileña establece la competencia compartida entre ellos: la organización de la defensoría pública¹⁶⁷. Considerando la naturaleza jurídica de cada una de las leyes, el tribunal constitucional falló que, en casos como estos, la ley estadual tiene carácter suplementario y no puede contrariar a las reglas básicas definidas en la Ley Federal de carácter general, en caso contrario violaría la Constitución.

Con base en esta decisión se puede concluir que las normas básicas establecidas en la Ley de Transparencia aprobadas en el Congreso Nacional deben ser observadas por las otras entidades políticas a la hora de aprobar sus propias leyes de transparencia, de tal modo que no pueden restringir el ámbito de incidencia de la ley nacional.

Esta misma ha sido la solución planteada en la Ley de Transparencia de España. Ésta establece un *contenido mínimo* sobre esa materia según las reglas internacionales, permitiéndose a las comunidades autónomas desarrollar dichas cuestiones sólo en la

do art. 5o, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. BRASIL. 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información, 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción de Inconstitucionalidad (ADI) 2.344. 23 nov. 2000. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1871822>>. Acceso en: 13 mayo 2014.

¹⁶⁷ La Unión es la persona jurídica que representa a los tres poderes del Estado brasileño a nivel federal.

medida que con ello garanticen una mayor publicidad de los actos del poder público¹⁶⁸. Del mismo modo se procedió en el derecho italiano, con una disposición que, en esencia, reproduce la solución mencionada en los anteriores párrafos¹⁶⁹.

Otra de las discusiones acerca del ámbito de incidencia de la Ley de Transparencia tiene que ver con sus efectos temporales. Concretamente, lo que se debate en este caso es si los órganos y entidades públicas están obligados a divulgar en las páginas *web* todas las informaciones generadas antes de que la Ley de Transparencia haya entrado en vigor, en caso de que este deber no estuviera previsto en otra ley.

Considero que la respuesta a esta cuestión es negativa, pues según la teoría general del Derecho comúnmente aceptada, la Ley de Transparencia sólo produce efectos para el futuro, de tal forma que los órganos y entidades públicas no están obligados a divulgar informaciones generadas antes que ella entrara en vigor, siempre y cuando no hubiese una norma anterior que estableciera tal obligación. Y es que en virtud de principios del Estado democrático de Derecho tales como el de seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas (especialmente exigibles de la Administración Pública), la ley no puede ser retroactiva.

A este respecto, conviene señalar que las leyes de Argentina, Chile, España y Brasil no trataron del tema de la *eficacia retroactiva* del deber de transparencia activa, de tal forma que no se puede demandar de la Administración Pública el cumplimiento de una regla que no está prevista en ley. Sin embargo, esto no quiere decir que los ciudadanos no podrán controlar estos actos por ningún medio para identificar posibles actos de

¹⁶⁸ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 5: Principios generales. 2. Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad. ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

¹⁶⁹ ITALIA. Ley 241/1990: "L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Resta ferma la potestà delle regioni/ e degli enti locali, nel ámbito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela" - art. 22.2-77 en: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José María. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. 1ª Ed. Navarra: Thomson Reuters- Arazandi. 2014.

corrupción previos a la ley, pues podrán hacerlo a través del derecho de acceso, instrumento que les permitirá consultar los archivos y registros oficiales.

2.4 Sujetos obligados a la transparencia activa

La definición de los sujetos obligados a la transparencia activa constituye una de las medidas más importantes en la lucha contra la corrupción, toda vez que desde ahí es que se fija el ámbito subjetivo de incidencia de la norma. Cuando en el capítulo anterior presenté mi definición de corrupción, aclaré que se considera *sujeto activo* del delito a los agentes públicos, mientras que el *sujeto pasivo* es la administración pública en sentido amplio (la administración centralizada, la administración descentralizada, y las entidades privadas sin fines de lucro que reciben recursos públicos). Teniendo en cuenta esas premisas, considero que una Ley de Transparencia que se propone afrontar a la corrupción debe establecer como sujetos obligados las mismas personas que figuran como sujeto activo y pasivo del delito. Esto no siempre ocurre así, ya que la influencia política de ciertos grupos parlamentarios suele actuar más bien en el sentido de excluir determinados actores del ámbito de incidencia de la ley¹⁷⁰.

Aunque en cada uno de los Estados existan quienes busquen restringir el alcance de la transparencia, subsisten organizaciones que actúan más bien en el sentido contrario, es decir, de ampliar los límites de la norma, extendiéndola para un gran número de personas, como lo hizo naciones unidas al redactar la CNUCC del año 2003.

Esta preocupación quedó reflejada en el discurso de la Presidenta de la República de Brasil, Dilma Rousseff, el 21 de junio de 2013, cuando se manifestó en la Cadena Nacional de Radio y Televisión sobre las protestas ciudadanas ocurridas en las calles de las principales ciudades brasileñas¹⁷¹. La mandataria señaló que la lucha contra la corrupción demanda la adopción de medidas eficaces a cargo del Estado, entre las cuales destacó la aprobación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información,

¹⁷⁰ BARRERO, Concepción. **Transparencia: Ámbito Subjetivo**. En: GUICHOT, Emilio (Coord.) et al. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Madrid: Tecnos, 2014, pp. 63-96.

¹⁷¹ PLANALTO, Portal Do. Pronunciamento da Presidenta da República, Dilma Rousseff, em CADEIA NACIONAL DE RÁDIO E TV. Página. Disponible en: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/pronunciamento-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-cadeia-nacional-de-radio-e-tv>>. Acceso en: 10 mayo 2014.

norma que debe abarcar todos los órganos y entidades que forman parte de la Administración Pública.

Esa tendencia hacia la ampliación de los sujetos obligados se justifica a diario con la divulgación en los medios de escándalos de corrupción y de la publicación de informes que muestren los índices de percepción de este fenómeno a nivel nacional e internacional¹⁷². Estos hechos de público conocimiento terminan siempre por influir en los debates alrededor del tema de la transparencia gubernamental¹⁷³.

A continuación, examinaremos el catálogo de sujetos obligados a la transparencia gubernamental en Brasil, para compararlo luego con otros regímenes legales que tratan del mismo tema. En este caso, el análisis permitirá identificar los puntos fuertes y débiles de la norma brasileña en esa materia, para así poder entender cuáles son los desafíos que se le presentan a la transparencia a la hora de afrontarse a la corrupción.

2.5 Transparencia activa de los poderes públicos

La transparencia activa de los poderes públicos en Brasil tiene carácter amplio. En este sentido, el párrafo único del artículo 1º de la Ley de Transparencia establece que todos los órganos que forman parte del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público y del Tribunal de Cuentas están obligados al deber de transparencia activa, independientemente de la naturaleza de los actos en cada uno de ellos¹⁷⁴. Se trata de un modelo más amplio respecto del de otras leyes como la argentina¹⁷⁵, o la

¹⁷² Transparencia Internacional España. Disponible en: <http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2013/INDICE_IPC_2013.htm> Acceso en: 16 mar. 2014.

¹⁷³ BARRERO, Concepción. **Transparencia: Ámbito Subjetivo**. *Op.cit.* p. 63-96.

¹⁷⁴ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 1º (...) Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei: I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. En: BRASIL. 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

¹⁷⁵ ARGENTINA. Decreto 1172/2003. Reglamento general del acceso a la información pública para el poder ejecutivo nacional. ARTICULO 2º : Ámbito de aplicación. El presente Reglamento General es de aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. ARGENTINA. Decreto 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA. Disponible en: <<http://inforeg.gov.ar/inforegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

chilena¹⁷⁶, que reducen el alcance de la transparencia a los órganos y entidades que forman parte del Poder Ejecutivo, delegando a los otros poderes la facultad de aprobar sus propias reglas de publicidad activa, que podrán ser más amplias o más restrictivas que las fijadas para la Administración. Sin entrar en el tema de las razones particulares que hay detrás de esta decisión política, hay que decir que este modelo puede generar problemas desde la perspectiva de las medidas anticorrupción, teniendo en cuenta que se crean dentro de un mismo Estado diferentes niveles de transparencia gubernamental, aunque los Poderes Públicos gocen de la misma envergadura constitucional.

En cuanto al derecho español, observamos que el Parlamento también ha adoptado otro modelo distinto del brasileño a la hora de definir los sujetos obligados a la transparencia activa. En España el deber de transparencia en cuanto al ejercicio de la actividad pública se aplicará a La Administración General del Estado, a las Comunidades Autónomas, y a las Ciudades de Ceuta y Melilla, y a las entidades que integran la Administración Local¹⁷⁷. La tendencia de ampliación no se siguió respecto de otros órganos de enorme importancia como el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial. Tratándose de instituciones de esta envergadura, el Legislador español ha preferido restringir el ámbito de incidencia de la ley, estableciendo que en este caso las reglas de transparencia se circunscribirán a las actividades de naturaleza administrativa, tales como las de personal, de gestión patrimonial y de contratación¹⁷⁸. Con ello se excluye de su ámbito de incidencia, por

¹⁷⁶ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 2º: Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. CHILE. 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

¹⁷⁷ ESPAÑA. Ley 19/2013. ARTÍCULO 2: Ámbito subjetivo de aplicación.1. Las disposiciones de este título se aplicarán a:a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local. En: ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

¹⁷⁸ ESPAÑA. Ley 19/2013. ARTÍCULO 2: Ámbito subjetivo de aplicación. 1. Las disposiciones de este título se aplicarán a: f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local. En: ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

ejemplo, las actividades de naturaleza constitucional desarrolladas por el Congreso de los Diputados y el Senado, tales como legislar y controlar al gobierno, actividades cuyo régimen de transparencia será establecido en los Reglamentos internos de las Cámaras del Parlamento. Se trata de una opción que ha recibido las críticas de Soto Lostal, manifestadas en los términos siguientes:

"(...) consideramos, desde la concepción sueca de "autoridad pública", que no se debe constreñir los documentos a los obrantes en la Administración, pues también otros ámbitos de actuación de los poderes públicos como el judicial, el legislativo u otras Instituciones públicas como el Defensor del Pueblo, el Tribunal Constitucional o el Consejo de Estado pueden resultar determinante para los intereses de los ciudadanos. Piénsese por ejemplo en el conocimiento de una sentencia, los trámites de elaboración de un proyecto de Ley, el acceso a un juicio, a investigaciones judiciales, etc. que pueden ser no menos importantes que el acceso a los documentos administrativos. No podemos olvidar por tanto en el presente estudio el acceso por parte de los ciudadanos a otros documentos que, sin ser estrictamente "administrativos", sí pertenecen al ámbito de actuación de los poderes o autoridades públicas"¹⁷⁹.

El criterio adoptado en España también excluye del régimen de transparencia las actividades de naturaleza civil desarrolladas en los órganos mencionados en el artículo 2.1.f, siempre que estos actos no tengan repercusión económica. Se trata de una excepción que no haya correspondencia en la ley brasileña, en virtud de los términos generalistas empleados por el parlamento a la hora de redactar el tipo legal¹⁸⁰. En efecto,

Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

¹⁷⁹ LOSTAL, Salvador Soto. **El derecho de acceso a la información**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 22.

¹⁸⁰ Efectivamente, la ley española excluye del ámbito de incidencia de la transparencia gubernamental los actos de naturaleza laboral, civil y mercantil, desde que ellos sean practicados por cualquiera de los órganos mencionados en el artículo 2.1, "f". Pero, a pesar de su exclusión inicial, la misma ley les obliga a publicar información relacionada con el gasto de recursos presupuestarios, lo que en cierta medida permite el control ciudadano, siempre y cuando dichos actos tengan contenido económico.

la ley de Brasil impone a estos sujetos la obligación de divulgar todas las informaciones relacionadas a sus actividades, sin tener en cuenta su naturaleza. En este entendido, quedan bajo el régimen legal de transparencia tanto los contratos administrativos firmados por el Ministerio de Transportes para la construcción de una carretera, como los contratos de derecho laboral o de derecho privado firmados por el Parlamento para la contratación de personal o de empresas prestadoras de servicios a las cámaras legislativas.

Un criterio como este favorece las medidas anticorrupción, ya que al estipular el deber de transparencia de forma amplia el Legislador brasileño reduce la opacidad y los espacios donde podrán desarrollarse actos de esa naturaleza, como los contratos privados de la Administración^{181 182}.

2.6 Transparencia activa de las autarquías y fundaciones públicas en el régimen brasileño

El Estado no solo desarrolla las actividades a su cargo a través de los órganos que forman parte de la Administración Pública directa o centralizada¹⁸³. También lo hace por medio de otras personas jurídicas especialmente creadas para gestionar ciertas tareas, como son las empresas públicas, las sociedades mercantiles o las fundaciones

¹⁸¹ NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. ARTÍCULO 10: Información pública habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. NACIONES UNIDAS. **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**, 9 diciembre 2003. Disponible en:

<http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso en: 16 de marzo de 2014.

¹⁸² RÍOS, Luis Fernández. **Psicología de la corrupción y de los corruptos**. Santiago de Compostela: Grupo Editorial Universitario. 1999. p. 167.

¹⁸³ BRASIL. Según el Glosario Jurídico del Tribunal Constitucional de Brasil: La administración pública directa es compuesta por los órganos conectados directamente a los entes que componen la Federación brasileña., o sea, la Unión, los Estados Federados, el Distrito Federal y los municipios. STF, Supremo Tribunal Federal. *Autarquía*. Disponible en: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStfGlossario_es_es&indice=A&verbete=201649>. Acceso en: 13 mayo 2014.

públicas, entidades que forman la Administración indirecta o descentralizada¹⁸⁴. El catálogo de estas entidades varía según el ordenamiento jurídico de cada país. En Brasil, forman parte de la Administración Pública Indirecta Federal, las Autarquías¹⁸⁵, las Empresas Públicas, las Sociedades de Economía Mixta, las Fundaciones Públicas y los consorcios¹⁸⁶. Todas esas entidades tienen personalidad jurídica propia, patrimonio y personal autónomos respecto de los órganos de la Administración Pública Directa, esto les permite desarrollar sus actividades con independencia, aunque cada una ellas esté vinculada a un Ministerio que forma parte de la administración centralizada.

La creación de esas personas jurídicas se justifica por razones de “eficiencia administrativa”, toda vez que ellas tienen más autonomía y flexibilidad para desarrollar sus tareas que cualquier órgano de la Administración Pública centralizada¹⁸⁷. Esta característica les pone a salvo de la abigarrada burocracia que suele existir en los ministerios.

Sin embargo, esa mayor autonomía administrativa no siempre ha sido utilizada con fines lícitos. En mis años de ejercicio profesional, el estudio de innumerables casos

¹⁸⁴ Según el Glosario Jurídico del Tribunal Constitucional de Brasil: La administración pública indirecta corresponde a las personas jurídicas constituidas para desempeño especializado de un servicio público. Son vinculadas a la administración pública directa, pero disponen de autonomía para gestión. Como ejemplo, hay las autarquías, fundaciones, empresas públicas, sociedades de economía mixta y los consorcios públicos. Disponible en: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStfGlossario_es_es&indice=A&verbeta=201744>. Acceso en: 13 mayo 2014.

¹⁸⁵ Según el Glosario Jurídico del Tribunal Constitucional de Brasil: “La palabra autarquía deriva de independencia, autonomía. En el derecho administrativo brasileño, la autarquía administrativa es persona jurídica de derecho público, creada por el poder público para ejecutar, de forma descentralizada, actividades típicas de la administración pública. El régimen jurídico de la autarquía es vinculado al de la administración directa. Sin embargo, ella posee administración, bienes y receta propios, en los límites establecidos en ley. Son autarquías el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL), ambas del Gobierno Federal de Brasil. Fundamento legal: Constitución Federal, art. 37, XIX. STF, Supremo Tribunal Federal. *Autarquía*. Disponible en: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStfGlossario_es_es&indice=A&verbeta=201664>. Acceso en: 13 mayo 2014.

¹⁸⁶ BRASIL. DECRETO-LEI N° 200, Art. 4°: A Administração Federal compreende: II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) fundações públicas. (Incluído pela Lei n° 7.596, de 1987). PARÁGRAFO ÚNICO: As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado do § 1° pela Lei n° 7.596, de 1987) En: BRASIL. DECRETO-LEI N° 200, DE 25 de fevereiro de 1967. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acceso en: 13 mayo 2014.

¹⁸⁷ FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 470.

juzgados por los Tribunales brasileños me ha revelado que muchas de esas entidades son utilizadas para la comisión de actos de corrupción que, generalmente llegan a concretarse porque los órganos de control interno están involucrados o porque sobre estas personas no hay un control ciudadano eficiente.

Uno de estos casos fue el escándalo de “la mafia de la seguridad social”, un conjunto de fraudes cometidos en la entidad encargada de conceder pensiones y beneficios a los asegurados de todo el país. Estas irregularidades terminaron siendo investigadas en el marco de una acción penal que condenó a jueces, abogados y procuradores federales¹⁸⁸. Concretamente, la trama criminal se dedicó a en pagar beneficios y pensiones de la seguridad social a personas vivas y muertas que no tenían derecho a ellos, pero que lograban obtenerlo a causa de los actos corruptos practicados por funcionarios públicos que trabajaban en el Poder Judicial y en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la autarquía federal encargada de administrar las recaudaciones de los trabajadores¹⁸⁹. Uno de estos funcionarios era la procuradora Federal Jorgina de Freitas, considerada una de las jefes de la trama junto con jueces y abogados expertos en el tema de la seguridad social.

El *modus operandi* era que los abogados presentaban acciones al Poder Judicial pidiendo el reconocimiento del derecho de sus clientes a cobrar pensiones y beneficios de la Seguridad Social, aunque ellos no tuvieran derecho a estos beneficios. A la hora de contestar la demanda Jorgina aseguraba que el INSS se allanaba a las pretensiones en su totalidad, con lo cual permitía a los jueces dictar sentencias que condenaban a la Autarquía a pagar a los autores las cantidades debidas a modo de pensiones o beneficios, además de indemnizaciones motivadas por siniestros laborales. Pero esto no es todo; a la hora de fijarse el monto de la indemnización, los contables del poder

¹⁸⁸ USP. Caso Jorgina de Freitas | Corrupteca – **Biblioteca Internacional da Corrupção**. Corrupteca. [S.l.: s.n.]. Disponible en: <http://nupps.usp.br/corrupteca/?post_type=case&p=252>. Acceso en: 13 mayo 2014. [S.d.]

¹⁸⁹ “Art. 17. É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei. (Renumerado do art 14 pela Lei nº 8.154, de 1990)” BRASIL. 8.029. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, 12 abr. 1990. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029compilada.htm>. Acceso en: 13 mayo 2014.

judicial –pretextando la gran inflación brasileña- aplicaban criterios que incrementaban la cantidad de dinero debida a los supuestos demandantes. La procuradora siempre estaba de acuerdo con estos criterios fraudulentos, pues así aumentaba las ganancias cobradas por los miembros de la trama, quienes se apropiaban de todo el dinero obtenido del INSS, sin dejar nada para los autores de las acciones. Toda esta serie de continuada de ilegalidades fue descubierta a fines de los años 80 del siglo pasado, arrojando un resultado de 18 condenas penales, entre ellas la de la procuradora federal Jorgina de Freitas y, además, dos jueces, que por su situación funcional deberían haber actuado en defensa del patrimonio público, pero que -aprovechándose de la ineficiencia de los órganos de control de la autarquía- terminaron por ayudar a esquilmarlo. El estudio de este caso revela que los actos de corrupción sólo fueron posibles porque no funcionaron correctamente los órganos de control interno del INSS, y porque las personas encargadas de ejercerlo estuvieron también implicadas en la trama y no buscaban acabar con los ilícitos.

Considerando la posibilidad de que casos de esta naturaleza pudieran ocurrir de nuevo, la ley brasileña establece que el deber de transparencia también se impone a las Autarquías, a las Empresas Públicas, a las Sociedades de Economía Mixta, a las Fundaciones Públicas y a otras entidades controladas por el poder público¹⁹⁰. A través de medidas de esa naturaleza busca incentivar el control ciudadano de las actuaciones realizadas en cada una de estas entidades. Pasado poco más de un año de la aprobación de la Ley de Transparencia de Brasil, ésta ya ha comenzado a arrojar sus primeros resultados. El informe publicado por la CGU en Mayo de 2013 revela que, tras la aprobación de la ley, las dos entidades que más han recibido solicitudes de acceso y control ciudadano han sido la Superintendencia de Seguros Privados (6.890 solicitudes¹⁹¹) y el INSS (4.195 solicitudes¹⁹²), según la tabla que sigue¹⁹³:

¹⁹⁰ Art. 1º. (...) Parágrafo único: Subordinam-se ao regime desta Lei:II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. BRASIL. 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. , 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

¹⁹¹ SUSEP. Disponible en: <<http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/apresentacao>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

¹⁹² BRASIL. INSS. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/instituto-nacional-do-seguro-social-inss/>>. Acesso: 5 junio 2014.

ÓRGÃOS MAIS DEMANDADOS

A tabela abaixo traz a lista dos 10 órgãos mais demandados do Poder Executivo Federal, mostrando o respectivo número de pedidos recebidos:

ÓRGÃO	Pedidos
SUSEP <i>Superintendência de Seguros Privados</i>	6.890
INSS <i>Instituto Nacional do Seguro Social</i>	4.195
PETROBRÁS <i>Petróleo Brasileiro S.A *</i>	2.689
BACEN <i>Banco Central do Brasil</i>	2.249
CEF <i>Caixa Econômica Federal</i>	1.976
MF <i>Ministério da Fazenda</i>	1.494
MP <i>Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão</i>	1.339
MTE <i>Ministério do Trabalho e Emprego</i>	1.336
MEC <i>Ministério da Educação</i>	1.232
IBAMA <i>Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis</i>	1.200

* A Petrobrás começou a utilizar efetivamente o e-SIC no dia 1º de Março de 2013. Não obstante, a empresa informou à CGU número de pedidos referente ao ano de 2012, constante de seus registros internos.

Origen de la tabla: CGU

2.7 Transparencia activa de las empresas públicas y de las sociedades mercantiles

Como se ha dicho el apartado anterior, la Administración Pública no actúa tan solo a través de órganos y entidades públicas, también lo hace por medio de entidades privadas que desarrollan su actividad económica en régimen de competencia con sociedades mercantiles, subsistiendo la obligación de observar ciertas normas para asegurar el resultado económico satisfactorio en sus negocios¹⁹⁴.

¹⁹³ BRASIL. CGU - Controladoria-Geral da União. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/>>. Acceso em: 17 mar. 2014.

¹⁹⁴ BRASIL. Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: (...) III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acceso en: 13 mayo 2014.

En el caso brasileño, una de estas empresas es PETROBRÁS (Petróleo Brasileño S.A.), sociedad de economía mixta creada por la ley 2004/1953¹⁹⁵. Por lo tanto, pertenece a la Administración Pública Indirecta federal, aunque esté vinculada al Ministerio de Minas y Energía¹⁹⁶.

La pregunta que surge en este caso es la de si esas sociedades están obligadas al deber de transparencia activa, como lo están los órganos que forman parte del poder ejecutivo, o, si por el contrario, se someten a un régimen propio, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades que desarrollan. Y es que, por ejemplo el Convenio N° 205 del Consejo de Europa no incluye esas entidades en el catálogo de sujetos obligados al deber de transparencia activa¹⁹⁷ ¹⁹⁸. Tal solución también ha sido adoptada por la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública¹⁹⁹. No obstante esa tendencia en el ámbito supraestatal, a nivel interno, la Ley de Transparencia de Brasil impone a esas entidades el deber de transparencia activa, pero con ciertas limitaciones que no se verifican en los casos de los órganos públicos, como los ministerios y las secretarías. Es el caso de la exclusión de su ámbito de incidencia de las materias relacionadas con el “secreto industrial” cuando esté vinculado a la explotación de

¹⁹⁵ Art. 5° Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações, que se denominará Petróleo Brasileiro S. A. e usará a sigla ou abreviatura de Petrobrás. BRASIL. LEI 2004. , 13 mayo 2014. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm>.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Art. 61: “A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.” BRASIL. Lei nº 9.478. Política Energética Nacional. 1997. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>.

¹⁹⁷ CONSEJO DE EUROPA. Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. Disponible en: <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convention_on_Access_to_Official_Documents_CofE_es.pdf>. Acceso en: 2 mayo 2014.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. *Op.cit.* p. 25.

¹⁹⁹ OEA. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 8 jun. 2014.

actividades económicas a cargo del Estado, o de persona física o entidad privada que mantenga vínculo con el Poder Público^{200 201}.

Desde el punto de vista del derecho comparado, se observa que España impone el deber de transparencia a las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, sea cual fuere su actividad principal, por ejemplo la prestación de servicios públicos o el desarrollo de actividades industriales²⁰². Al igual que la brasileña, la ley española limita el derecho de acceso de los ciudadanos, en la medida en que su revelación pueda resultar un perjuicio para el secreto o la propiedad industrial²⁰³. Pero tratándose de actos que no tenga relación con esa materia, se impone el deber de transparencia y dichas entidades deberán publicar informaciones que permitan el control de sus actividades, como los contratos de patrocinio firmados con equipos de fútbol y los de compraventa de otras empresas, ambiente propicio para la práctica de actos de corrupción.

2.8 Transparencia activa de las entidades privadas que reciben recursos públicos

El catálogo de personas que están obligadas a la transparencia gubernamental va más allá de los órganos y entidades que forman parte de la Administración Pública

²⁰⁰ BRASIL. Ley de Transparencia. “Art. 3º: Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações”; BRASIL. 12.527. LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

²⁰¹ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 22: O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público. BRASIL. Ley nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

²⁰² ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 2: **Ámbito subjetivo de aplicación**. 1. Las disposiciones de este título se aplicarán a: g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100”. ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

²⁰³ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 14: **Límites al derecho de acceso**. 1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.

directa o indirecta. La Ley de Transparencia de Brasil también impone el deber de transparencia a las entidades privadas sin fines lucrativos que reciben recursos públicos directamente del presupuesto, o a través de subvenciones sociales, por contrato de gestión, alianza, convenio, acuerdo, ajustes o a través de otros instrumentos similares²⁰⁴. De hecho, se trata de una práctica común en Brasil que el Gobierno Federal firme convenio con organizaciones no gubernamentales para desarrollar ciertas actividades como cursos de capacitación profesional o proyectos sociales para adolescentes o niños que viven en favelas; para estos fines les transfiere recursos públicos. Muchas veces, estos recursos son desviados y dichos proyectos no son realizados, lo que desafortunadamente sólo es descubierto al final del plazo del proyecto, cuando dichas entidades están obligadas a la rendición de cuentas. Por ello la regla del artículo 2º permite a la ciudadanía acompañar la ejecución del proyecto como forma de impedir la desviación o la malversación de fondos.

También son favorecidas con esas transferencias las universidades privadas que reciben recursos públicos para conceder becas a estudiantes pobres. En muchos casos, después de un tiempo se hace público que no han concedido las ayudas y que los directivos se han apropiado de los recursos públicos.

Un caso semejante ocurrió en Brasil entre los años ochenta y noventa del siglo pasado. Durante ese período, los brasileños fueron víctimas de una banda criminal que actuaba en la comisión de presupuesto del Congreso Nacional y que era formada por Diputados, Senadores y funcionarios públicos que aprobaban enmiendas al presupuesto federal, con el objetivo de destinar recursos para entidades privadas gestionadas por sus parientes o amigos, que terminaban apropiándose de ellos.

De acuerdo con el Tribunal de Cuentas de la Unión, uno de los beneficiados fue un Diputado de Rio de Janeiro, que entre el 1989 y el 1993 obtuvo la aprobación de 105 enmiendas al presupuesto, éstas garantizaban subvenciones sociales para una

²⁰⁴ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 2º: Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres. PARÁGRAFO ÚNICO. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no caput refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas. BRASIL. 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información, 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

Universidad privada gestionada por su familia, entidad que recibió dinero público a través de convenios firmados con el Ministerio de la Administración y Reforma del Estado.

Durante los años noventa, como forma de garantizar el acceso de estudiantes pobres a la enseñanza superior y para reducir los costes de creación de nuevas universidades públicas, el gobierno federal firmó diversos convenios con universidades privadas para conceder becas a estudiantes sin recursos matriculados en dichos centros educativos. La Universidad beneficiada se obligaba a realizar anualmente la rendición de cuentas frente al Ministerio, como establece el Decreto 93872/1986²⁰⁵.

Éstas cuentas deberían ser presentadas de la manera más clara posible, con la mención de los nombres y el apellidos de los alumnos beneficiados, su número de identificación, los cursos y las asignaturas que cursaron, y, claro está, el valor de la beca concedida. Según el Tribunal, los recursos transferidos no fueron utilizados para conceder becas a estudiantes de escasos recursos, como preveía el convenio, sino que se emplearon más bien para adquirir inmuebles y coches de lujo por parte de los parientes del Diputado que se enriquecieron con recursos federales. La trama criminal orquestada por el Diputado y sus parientes constaba de dos etapas. Inicialmente, el parlamentario actuaba en conjunto con sus compañeros en el Congreso Nacional, aprobando enmiendas al presupuesto para garantizar recursos para subvenciones sociales. Luego, llamaba al Ministro responsable de los recursos y ejercía el tráfico de influencias para que dichos valores fueran destinados a la universidad por medio de convenios.

Por esa razón, el Tribunal de Cuentas condenó a la entidad y sus gestores a restituir al gobierno federal todos los valores recibidos a título de subvención social²⁰⁶. Sin

²⁰⁵ BRASIL. Decreto N° 93.872, Del 23 Diciembre De 1986. Art. 60: La subvención social será concedida independientemente de Legislación especial a instituciones públicas o privadas de carácter asistencial o cultural sin finalidad lucrativa.

Art. 66. Quienes reciban recursos de la Unión o de las entidades a ella vinculadas, directa o indirectamente, incluso a través de acuerdo, ajuste o convenio, para realizar pesquisas, desarrollar proyectos, estudios, campañas y obras sociales o para cualquier otro fin, deberá comprobar el regular empleo de ellos, además de los resultados alcanzados.

²⁰⁶ TCU. TCE AC-0528-07/06-1. . [S.l: s.n.], [S.d.]. Disponible em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-55839&texto=50524f4325334135373534343231393938302a&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO->

embargo esta condena tuvo lugar muchos años después de los hechos, cuando los recursos desviados ya no estaban en el patrimonio de los responsables, lo que generó un sentimiento de impunidad en la sociedad. Teniendo en cuenta casos de esa naturaleza es que el Legislador impuso a estas entidades el deber de transparencia gubernamental, para permitir el control ciudadano en la destinación de estos recursos públicos.

Por otro lado, también están obligados al deber de transparencia los partidos políticos²⁰⁷. Estas entidades reciben recursos públicos por medio del Fondo Especial de Asistencia Financiera a los Partidos Políticos, también conocido como *Fundo Partidário*²⁰⁸. Estos recursos provienen del presupuesto federal, de las multas impuestas por la Justicia Electoral y de otras donaciones, ellos deben ser utilizados para el mantenimiento de sus sedes y servicios, para el pago de los salarios del personal hasta ciertos límites, para costear la publicidad política, para cubrir las deudas de las campañas electorales y para el mantenimiento de fundaciones vinculadas a la entidad²⁰⁹. Tras la aprobación de la Ley de Transparencia, la utilización de estos recursos podrá ser acompañada por los ciudadanos.

LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=4>. Acceso en: 5 jun. 2014.

²⁰⁷ SALGADO, Eneida Desiree. A Lei de Acesso à Informação e os partidos políticos. **Gazeta do Povo**. 16 mayo 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1255239>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

²⁰⁸ BRASIL. Ley nº 9.096, del 19 de setembro de 1995. Art. 38: O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; II - recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; III - doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; IV - dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995. BRASIL. Lei nº 9.096. Lei de Partidos Políticos. 19 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm>.

²⁰⁹ BRASIL. Ley nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Art. 44: Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados: I - na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, observado neste último caso o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do total recebido; II - na propaganda doutrinária e política; III - no alistamento e campanhas eleitorais; IV - na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido; V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total.

También los sindicatos quedan sometidos al régimen de transparencia respecto a los recursos de naturaleza pública que forman parte de su patrimonio. Entre estos se pueden contar las cuotas sindicales (especie de tributo cobrado de los empleados de forma compulsoria y que corresponde a un día de trabajo a cada año). Sin embargo, el sometimiento a la ley de estas entidades privadas no es pleno, pues aunque ellas están obligadas al deber de transparencia activa, no están obligadas a garantizar el derecho de acceso a la información. Esta restricción da lugar a que la efectividad de las medidas de lucha contra la corrupción se torne discutible, principalmente si se toma en cuenta el interés de entidades nacionales o internacionales que se dedican a combatir el fenómeno, como es el caso de Transparencia Internacional.

Como ya se ha mencionado varias veces en este trabajo, la CNUCC no establece restricciones a la transparencia cuando se trata del control de recursos públicos, en esa medida no es recomendable para los Estados dictar normas de derecho interno que las establezcan. Aunque la verdad es que a la hora de justificar esas restricciones, los Estados suelen pretextar que ellas resultan de cuestiones del diseño estructural de las entidades que no son capaces de suministrar la información solicitada a los interesados²¹⁰. Así las cosas, la ley brasileña establece que esas entidades deben publicar informaciones para conocimiento de todos, pero que no están obligadas a garantizar el derecho de acceso a la información²¹¹. La perspectiva de las medidas anticorrupción, esta restricción presenta dos inconvenientes: el primero es que el conocimiento del ciudadano queda limitado a las informaciones divulgadas por el sujeto obligado, de tal forma que nadie podrá acceder a otros datos de relieve; en segundo lugar, la restricción al derecho de acceso permite que el sujeto obligado, omita intencionalmente cierta información de divulgación obligatoria, como la de los contratos celebrados con

²¹⁰ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 64-86.

²¹¹ BRASIL. Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. En: BRASIL. 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

recursos públicos, lo que dejaría a los ciudadanos inermes para conocer estos datos, ya que no se tendrá en cuenta su derecho de acceso.

A pesar de la restricción creada por el Legislador, opino que estas entidades sí que están obligadas a asegurar el derecho de acceso a las informaciones, al menos cuando el solicitante de estos datos sea el órgano o entidad pública que le haya transferido los recursos. En estos casos, el deber de informar se desprende de la obligación de rendición de cuentas que suele estar previsto en normas con rango de ley. En Brasil, tratándose de entidades que reciben recursos federales, el deber de rendir cuentas ha sido establecido en el Decreto Nº 93.872, de 23 de diciembre de 1986. Toda persona que recibe recursos de la Unión o de las entidades a ella vinculadas (para realizar investigaciones, desarrollar proyectos, estudios, campañas u obras sociales, o cualquier otro objetivo) deberá informar cómo utilizó estos recursos y que resultados obtuvo en su trabajo²¹².

En vista de lo anterior, aunque los ciudadanos no puedan solicitar directamente la información a la entidad privada, sí que podrán acceder a ella de manera indirecta, a través del órgano o entidad gubernamental que ha transferido los recursos públicos, con lo cual quedaría satisfecho el núcleo del deber de transparencia y la posibilidad de controlar la correcta utilización de los recursos públicos.

Desde la perspectiva del derecho comparado, observamos que la preocupación por la utilización de recursos públicos por parte de entidades privadas es un tema sensible que ha quedado consignado en las normas de los países europeos. Así por ejemplo, la ley española del año 2013 impone el deber de transparencia a los partidos políticos, a los sindicatos y a las empresas que reciben recursos públicos²¹³. Modelo éste que también ha sido adoptado en países suramericanos como Argentina²¹⁴.

²¹² BRASIL. Decreto nº 93.872. Art. 66. Quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados (Decreto-lei nº 200/67, art. 93), en: BRASIL. Decreto nº 93.872. Disponível en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D93872.htm>. Acceso en: 25 mayo 2014.

²¹³ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 3º: Otros sujetos obligados. Las disposiciones del capítulo II de este título serán también aplicables a: a) Los partidos políticos, organizaciones sindicales y

Si se compara el artículo 3º de la ley de España con el artículo 2º de la ley de Brasil, observamos una diferencia significativa respecto a los límites de la transparencia gubernamental en ambos ordenamientos. Mientras que Brasil impone el deber de transparencia exclusivamente para las entidades privadas que no tienen fines de lucro, España también obliga a este deber las empresas que lo tienen y reciben recursos públicos, con lo cual ellas quedan subordinadas tanto al control ciudadano como al control interno propio de cada entidad. Sin embargo, en España esa regla no es absoluta y no cubre a todas las personas jurídicas de derecho privado que reciben recursos públicos. Tratándose de entidades que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía inferior a 100.000 euros, no se impone el deber de transparencia, conforme establece el apartado "b" del artículo 3º. Lo mismo ocurre cuando menos del 40% del total de sus ingresos anuales tengan naturaleza de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo una cantidad inferior a 5.000 euros.

En principio, la solución planteada por el derecho español con respecto a la fijación de límites máximos y mínimos parece ir en contra a las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción, pues crea espacios oscuros a la transparencia. Al respecto cabe recordar que la CNUCC sostiene:

"Claro que la comunidad internacional está decidida a impedir la corrupción y a luchar contra ella. Advertirá a los corruptos que no vamos a seguir tolerando que se traicione la confianza de la

organizaciones empresariales. b) Las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros". ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

²¹⁴ ARGENTINA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 2º: ámbito de aplicación: (...)Las disposiciones del presente son aplicables asimismo a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público. Decreto n° 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA. Disponible en: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

opinión pública. Y reiterará la importancia de valores fundamentales como la honestidad, el respeto del Estado de Derecho, la obligación de rendir cuentas y la transparencia para fomentar el desarrollo y hacer que nuestro mundo sea un lugar mejor para todos”²¹⁵.

En ese orden de ideas, toda regla que crea espacios de oscuridad en el orden jurídico nacional debe ser evitada por los Estados; sólo erradicándolos con estas medidas, la corrupción podrá ser afrontada eficazmente.

Co esto no pretendo criticar al derecho español, ya que si se interpreta la Ley en el contexto -y no aisladamente- uno se puede dar cuenta de que el origen de la formulación de una excepción a la regla se encuentra en una razón muy sencilla. Las entidades pequeñas que reciben recursos públicos no tienen condiciones de publicar informaciones como los órganos públicos, crearles esa obligación sería pedirles algo que no podrían cumplir²¹⁶.

Esto no quiere decir que estos recursos transferidos no serán controlados. Lo serán, pero de forma indirecta, es decir, a través de las declaraciones que prestará el órgano público que les dio el dinero. Con ello se da cumplimiento a lo establecido por la Convención de Mérida²¹⁷.

Para terminar el examen de este punto en el caso español, conviene señalar que el término “ayuda” mencionado en el precepto legal se refiere a todas las ayudas públicas recibidas por la entidad durante un año "ya sea de una sola entidad pública o de varias

²¹⁵ NACIONES UNIDAS. **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**. 9 diciembre 2003. Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso en: 16 mar. 2014.

²¹⁶ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 87-94.

²¹⁷ ESPAÑA. ARTÍCULO 8: Información económica, presupuestaria y estadística. 1). Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios. A. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

de ellas, ya sea en una sola entrega o como consecuencia de aportaciones diversas"²¹⁸. Esta visión amplia de lo que es la ayuda, reduce todavía más el ámbito de la excepción a la regla de la publicidad.

Como he intentado mostrar en este apartado, la transparencia activa es un deber extendido a las personas jurídicas de derecho privado que reciben recursos públicos, tanto en Brasil como en España. Pero hay que tener en cuenta que en ambos casos quedan excluidas de todas estas obligaciones las personas físicas que desarrollan las mismas actividades, y esto va en contra las recomendaciones internacionales de lucha contra la corrupción.

2.9 La transparencia activa de los concesionarios y permisionarios de servicios públicos

El Estado no solo actúa por medio de los órganos y entidades que forman parte de la Administración Pública Directa e Indirecta. También lo hace a través de empresas privadas y de personas físicas que prestan servicios públicos o desarrollan una actividad pública, como las *concesionarias de servicios públicos*, los *notarios* y los *registradores públicos*. Cuando el Estado decide desarrollar ciertas actividades por medio de concesiones y permisiones de servicios públicos, lo hace tomando en cuenta una determinada forma de ofrecer dichos servicios a la sociedad. Aquí, el ente político busca aprovechar el potencial económico y tecnológico de las empresas, o el conocimiento de ciertas personas, para ofrecer servicios de calidad a los ciudadanos²¹⁹.

Considerando estos objetivos, cabe preguntar si estos concesionarios y permisionarios están obligados o no al deber de transparencia gubernamental. Desde la perspectiva de las medidas anticorrupción la respuesta es muy importante, pues dichas entidades o personas prestan servicios públicos que pueden ser afectados a causa de los prácticas corruptas.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ .GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 423.

Comenzando por el derecho comparado, vemos que las leyes de Argentina²²⁰ y Ecuador²²¹ han contestado positivamente a esta pregunta, sometiendo al régimen de transparencia a los concesionarios y permisionarios de servicios públicos, lo que permitiría el control ciudadano de los actos practicados por cada uno de ellos. Respecto al derecho español, la ley establece que todas las personas físicas y jurídicas que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas están obligadas a informar al Estado o a las entidades a que estén vinculadas, todo lo que sea necesario para que éstas puedan cumplir con el deber de transparencia²²². Obligación que también se impone a los adjudicatarios de contratos del sector público. Este modelo de “transparencia indirecta” ha merecido las críticas de Fernández Ramos:

“Este es el apartado más decepcionante en relación con el ámbito subjetivo, pues en lugar de declarar directamente sujetas a la Ley a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o, al menos, que ejerzan funciones públicas, tal como ordena la generalidad de las Leyes de acceso en el Derecho Comparado, se limita a declarar que "estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento

²²⁰ ARGENTINA. Ley de Transparencia de Argentina. ARTÍCULO 2º: ámbito de aplicación. (...)Las disposiciones del presente son aplicables asimismo (...) a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público. ARGENTINA. Decreto n° 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA. Disponible em: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Acceso em: 5 jun. 2014.

²²¹ ECUADOR. Ley de Transparencia de Ecuador. ARTÍCULO 3º: Ámbito de Aplicación de la Ley. Esta Ley es aplicable a: f) Las personas jurídicas de derecho privado, que sean delegatarias o concesionarias o cualquier otra forma contractual de servicios públicos del Estado, en los términos del respectivo contrato; (...) ECUADOR. n° 24. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP). , 18 mayo 2004. Disponible em: <<http://www.ecuadorestrategicoep.gob.ec/ley-transparencia>>. Acceso em: 8 jun. 2014.

²²² ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 4º: Obligación de suministrar información. Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso: 6 mayo 2014.

por "aquellos" (los sujetos del artículo 2.1) de las obligaciones previstas en esta Ley"²²³.

Brasil tampoco ha adoptado este modelo ampliado a la hora de definir los sujetos obligados a la publicidad activa. La ley 12.527 no impone a los concesionarios y permisionarios de servicios públicos el deber de transparencia gubernamental, restringiendo esa obligación a los órganos y entidades de la Administración Pública Directa e Indirecta, además de a las entidades privadas sin fines de lucro que reciben recursos públicos. Esta omisión legal está eludiendo los compromisos internacionales asumidos por Brasil, como la CNUCC, documento que recomienda a los Estados adoptar medidas que progresivamente favorezcan a la transparencia, este es uno de esos aspectos que considero deberían mejorar, mostrando el compromiso del Estado brasileño en la lucha contra la corrupción²²⁴.

Y es que la exclusión de los concesionarios y permisionarios de servicios públicos a la regla de la transparencia activa genera cierta incoherencia desde la perspectiva de las medidas de lucha contra la corrupción. Si el servicio público fuese prestado directamente por el Estado se impondría el deber de transparencia, mientras que si la misma actividad fuere desarrollada por concesionarios o permisionarios no hay posibilidad de ese control ciudadano.

Por fallas con ésta es que en este trabajo se defiende un cambio en la ley o, al menos proponer una interpretación que extienda los mecanismos de control, basándose en la naturaleza de la actividad y no en la persona que presta el servicio.

²²³ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre.** *Op.cit.* p. 86-90.

²²⁴ Claro que la comunidad internacional está decidida a impedir la corrupción y a luchar contra ella. Advertirá a los corruptos que no vamos a seguir tolerando que se traicione la confianza de la opinión pública. Y reiterará la importancia de valores fundamentales como la honestidad, el respeto del estado de derecho, la obligación de rendir cuentas y la transparencia para fomentar el desarrollo y hacer que nuestro mundo sea un lugar mejor para todos.” NACIONES UNIDAS. **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.** , 9 diciembre 2003. Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso em: 16 mar. 2014.

2.10 La transparencia activa de los responsables políticos del Estado

Al explicar la definición de corrupción en la que se basa este trabajo, se aclaró que el sujeto activo del delito es el *agente público*, entendiéndose por tal a todas las personas definidas como funcionario en la CNUCC²²⁵. Se puede decir entonces que esta categoría estaría también integrada por los parlamentarios, el jefe del Poder Ejecutivo y sus auxiliares directos, como Ministros y Secretarios de Gobierno, aunque ningunos de éstos haya sido contemplado como sujetos obligados a la transparencia activa, a pesar de la relevancia social de las funciones que desarrollan. Esta omisión es incomprensible para una ley de esta naturaleza, y más aún si se toma en cuenta que los medios de comunicación nos bombardean a diario con noticias que relacionan a políticos y altos funcionarios públicos con casos de corrupción. Esta circunstancia menoscaba la credibilidad en las instituciones públicas.

Como señalan Fernando Jiménez²²⁶ y Fabián Caparrós²²⁷, la corrupción produce resultados dañinos que van más allá de la economía, ya que ingresa también en el terreno de la legitimidad democrática, a la vez que hace perder a la gente la confianza en las instituciones políticas y administrativas. De este modo, la conducta aislada de un funcionario que cobra indebidamente al ciudadano una cierta cantidad para desarrollar sus funciones va más allá del mero caso de corrupción, pues a la vez que genera una deslegitimación de las instituciones públicas en su conjunto. En tales condiciones, el Estado queda sometido a un proceso continuado de pérdida de legitimidad, hallándose comprometida su autoridad democrática²²⁸. A esta misma conclusión llega Bustos

²²⁵ NACIONES UNIDAS. Artículo 2. Definiciones: A los efectos de la presente Convención: a) Por "funcionario público" se entenderá: I) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo II) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte III) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. , 9 diciembre 2003. Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso en: 16 mar. 2014.

²²⁶ JIMENEZ, Fernando. ¿Se puede prevenir la corrupción? **Claves de razón práctica** nº 213.2011, p. 8-15 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3656388>

²²⁷ FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. *Op.cit.* p. 29-30.

²²⁸ BERNASCONI, Paolo: "**Convenzione internazionale sulla prevenzione e la lotta alla corruzione di pubblici ufficiali**", RTDPE, 1993 (1), p. 1130. *Apud* FABIÁN CAPARROS, *Ibidem.* p. 29-30.

Gisbert al examinar el tema de la responsabilidad política de los gobernantes. Señala que la corrupción conlleva al quebrantamiento de los principios que sirven de base al régimen democrático, ya que echa a la basura la idea de que toda actividad pública debe de ser manejada en el sentido de perseguir los intereses legítimos de los ciudadanos²²⁹. El autor defiende que la falta de coincidencia entre los intereses de los gobernantes y los gobernados produce además otro efecto nocivo, traducido en la idea de que estos últimos se sienten totalmente ajenos a las decisiones públicas, un sentimiento que es reforzado por la creencia generalizada de que los gobernantes sólo buscan la satisfacción de sus propios intereses²³⁰. Este sentir colectivo fue objeto de investigación en España, donde los estudios han demostrado que los ciudadanos de este país creen sinceramente que las personas que están en el poder únicamente miran por sus propios objetivos y que sólo buscan sacar provecho de su situación política²³¹.

A idénticas consideraciones llegan los estudios de Fernando Jiménez y Vicente Carbona²³². Tras analizar las escuchas telefónicas de unos sumarios de acusación de corrupción, los investigadores han identificado algunos rasgos característicos del razonamiento de los corruptos en España. En primer lugar, han observado que el intercambio corrupto genera el enriquecimiento personal de los involucrados, pero en muchos casos puede atender a un fin no relacionado directamente con éste, como es la financiación de las campañas electorales. Luego, han identificado que la ocupación del cargo público adecuado es vista como una oportunidad para el enriquecimiento ilícito de su ocupante y, de hecho, cuando en esta situación no se incurre en prácticas corruptas ni se logra amasar fortuna, se demuestra una ingenuidad que raya en la estupidez.

También han verificado que los corruptos consideran que las consecuencias de participar en actividades delictivas son perfectamente eludibles y que existe la posibilidad de involucrar testaferros que protegerían su posición. Por ello, advierten que

²²⁹ GISBERT, Rafael Bustos. Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario. **Teoría y realidad constitucional**, n. 19.2007. p. 135–161, 2007. Acceso en: 5 mar. 2014.

²³⁰ GISBERT, Rafael Bustos. *Ibidem*. p. 135–161.

²³¹ JIMÉNEZ, Fernando. ¿Se puede prevenir la corrupción? **Claves de razón práctica**, *Op.cit.* p. 8–15, 2011.

²³² JIMÉNEZ, Fernando; CARBONA, Vicente. “**Esto funciona así**”: Anatomía de la corrupción. España | **Letras Libres**. Disponible en: <<http://www.letraslibres.com/revista/dossier/esto-funciona-asi-anatomia-de-la-corrupcion-en-espana>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

la condición necesaria para poder aprovecharse del cargo público es que se juegue con cierta prudencia. Si alguien muestra -o deja ver- sus ansias depredadoras, seguramente no permanecerá mucho tiempo en el cargo. Por último, los autores advierten que el corrupto entiende que *lo normal* en la sociedad es funcionar así, y lo extraño sería funcionar éticamente en un medio que aconseja lo contrario. Es decir, el comportamiento antiético ya hace parte de la cultura política de los hombres públicos, siendo natural que actúen de acuerdo con esas expectativas.

Como es de sobra sabido, esta realidad no es sólo típica de España, pues con diferentes matices se reproduce por todo el globo, y ha llegado a alcanzar cotas altísimas en Brasil y sus vecinos suramericanos. Por esa razón juzgo inaceptable la omisión de la ley brasileña al haber excluido del catálogo de sujetos obligados a la transparencia gubernamental a los responsables políticos del Estado, pese la importancia de las tareas a su cargo y a la necesidad de proteger quizás el bien máspreciado de la democracia: la confianza en las instituciones.

CAPITULO III

3. El deber de publicidad activa

3.1 Objeto de la transparencia gubernamental

El *objeto o contenido* de la transparencia gubernamental activa es la información pública en poder de los sujetos obligados. Esta información abarca todos los datos, procesados o no, que puedan ser utilizados para producir o transmitir conocimiento, independientemente del medio, soporte o formato utilizado para guardarlos.

Tres criterios orientan al Legislador a la hora de elegir las informaciones que deberán ser publicadas de forma proactiva por los sujetos obligados. El primer de ellos, se basa en el número o cantidad de solicitudes sobre determinados asuntos, de ahí que el Estado queda obligado a publicar las informaciones relacionadas a los temas que más generan dudas y consultas, pues reflejan las principales preocupaciones de la sociedad en su momento. Si los habitantes de cierto municipio a menudo piden informaciones sobre los gastos de salud y educación en determinado año, entonces el ayuntamiento debe publicar dichas informaciones en su página web, como forma de permitirles el conocimiento de estos datos, sin necesidad de esperar que la Administración se manifieste con un requerimiento en este sentido.

Otro criterio también utilizado a menudo, y previsto en el derecho comunitario europeo son los registros públicos. Estos instrumentos permiten al interesado conocer de qué información se dispone, su contenido y qué partes de los documentos pueden ser accedidas por los interesados por medio de recursos de internet²³³.

La Ley Modelo Interamericana prevé, todavía, un tercer criterio, la creación de los llamados “esquemas de publicación”, una categoría engendrada por el legislador continental para contemplar las clases de documentos que deben ser divulgados en cualquier caso de forma proactiva por la Administración Pública²³⁴.

²³³ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.** *Op.cit.* p. 153-155.

²³⁴ OEA. LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: II. medidas para promover la apertura. Adopción de esquemas de publicación. (1) Toda autoridad pública deberá adoptar y diseminar de manera amplia, incluyendo la publicación a través de su página de Internet,

Según este modelo, los órganos y entidades públicas deben dar a conocer, como mínimo, las informaciones relacionadas con:

a) la descripción de su estructura orgánica, de sus funciones y deberes, de la ubicación de sus departamentos y organismos, de sus horas de atención al público y de los nombres de sus funcionarios;

b) las calificaciones y salarios de los altos funcionarios;

c) todo mecanismo interno y externo de supervisión, de reportes y de monitoreo de la autoridad pública, incluyendo sus planes estratégicos, códigos de gobernabilidad empresarial y principales indicadores de desempeño, incluidos los informes de auditoría;

d) su presupuesto y planes de gasto público del año fiscal en curso y de años anteriores, y los informes anuales sobre la manera en que se ejecuta el presupuesto;

e) sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones, contratos otorgados y datos para la ejecución y seguimiento del desempeño de contratos;

f) las escalas salariales, incluyendo todos los componentes y subcomponentes del salario total, correspondientes a todas las categorías de funcionarios y consultores que trabajan en la autoridad pública.

un esquema de publicación aprobado por la Comisión de Información dentro de [seis] meses de: I) la entrada en vigor de la presente ley; o II) del establecimiento de la autoridad pública en cuestión.

(2) El esquema de publicación deberá establecer: a) las clases de documentos que la autoridad publicará de manera proactiva; y b) la forma en la cual publicará dichos documentos.

(3) Al adoptar un esquema de publicación, una autoridad pública deberá tomar en consideración el interés público: a) de permitir el acceso a la información que está en su posesión; y b) de divulgar información de manera proactiva a los efectos de minimizar la necesidad de que los individuos presenten solicitudes de información.

(4) Toda autoridad pública deberá publicar información de conformidad con su esquema de publicación. OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Text. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 1 mayo 2014.

A continuación, mostraré cómo cada uno de estos criterios ha llegado a influenciar la Ley de Transparencia de Brasil y de otros países, señalando los efectos positivos que ellos producen en la lucha contra la corrupción.

3.2 Criterio de la información solicitada con frecuencia

Como ya se ha dicho, este criterio toma en cuenta la cantidad o frecuencia de solicitudes de información presentadas sobre un determinado asunto, de tal manera que, de ser adoptado, el Estado quedaría obligado a publicar de forma proactiva todas las informaciones relacionadas con ese asunto.

Se trata de una medida que más allá de fomentar el control ciudadano de los actos oficiales, también demuestra una buena gestión administrativa, y que se toma en cuenta el principio de economía en la Administración. La razón es que evita que el funcionario tenga que practicar el mismo acto varias veces contestando pedidos de igual naturaleza, evitando de este modo la ineficiencia administrativa y la pérdida de productividad. La importancia de ese criterio ha sido reconocida por Fernández Ramos al señalar el carácter complementario que la transparencia activa y el derecho de acceso juegan en las leyes de transparencias modernas:

“Asimismo, es evidente como publicidad activa y pasiva se complementan mutuamente. Pues, si de un lado, el derecho de acceso está basado en una petición, lo que supone un enfoque muy limitado en la medida en que el solicitante no tiene conocimiento cierto de la información de que dispone la Administración pública y, por lo tanto, qué es lo que puede pedir. De otro lado, la recurrente reiteración de solicitudes de acceso sobre una información, debe llevar a disponer su publicación, pues es evidente el menor coste de la publicación frente a la tramitación individualizada de múltiples procedimientos, y todo ello garantizando, además, un acceso igualitario a la información pública”

235

²³⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José María. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. Op.cit. p. 102-103.

Este criterio fue adoptado en la Ley Modelo Interamericana sobre Información Pública que recomienda a los Estados divulgar una información en la página web del órgano o entidad pública toda vez que fuere solicitada más de una vez por cualquier interesado²³⁶. Brasil es uno de los países que siguen esa misma trayectoria. Se adopta el criterio de la frecuencia en el artículo 8º, § 1º, apartado VI de su Ley de Transparencia, este precepto que impone a los órganos y entidades públicas el deber de divulgar de forma proactiva las respuestas a las preguntas más frecuentes de los ciudadanos²³⁷.

España también adopta el criterio de la información solicitada con frecuencia a la hora de establecer qué informaciones deben ser divulgadas en el *portal de transparencia*, aunque la mayoría de las veces, termina por responder las dudas frecuentes remitiendo en la materia al reglamento o la ley²³⁸. Con todo, este criterio tiene gran importancia en la actualidad, no sólo por cuestiones de economía administrativa, sino porque genera la sensación general de que las inquietudes de los usuarios de los servicios públicos son tomadas en cuenta²³⁹. De cualquier modo, la corrupción en sí misma es ya una de las principales preocupaciones de los ciudadanos, según lo demuestra el barómetro publicado por el Centro de Investigaciones Sociológicas de España²⁴⁰.

²³⁶ LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE INFORMACIÓN PÚBLICA: Información divulgada con anterioridad 18. (4) En caso de que por segunda vez se solicite la misma información, ésta deberá hacerse pública de manera proactiva en la página web de la autoridad pública. OEA; OEA - Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Text. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 1 mayo 2014.

²³⁷ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 8º: É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. § 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade. BRASIL. 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información, 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso: 8 mayo 2014.

²³⁸ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 10: Portal de Transparencia. El Portal de la Transparencia incluirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente, la información de la Administración General del Estado, cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia. ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

²³⁹ DIARIO ABC. “El paro sigue siendo el primer problema para los españoles, con un 80,8 por ciento”. Disponible en: <<http://www.abc.es/espana/20140604/abci-barometro-mayo-201406041140.html>>. Acceso: 12 jun. 2014.

²⁴⁰ CIS. **Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)**. Disponible en: <<http://www.abc.es/gestordocumental/uploads/nacional/cis-mayo%281%29.pdf>>. Acceso en: 12 jun. 2014.

3.3 Información relevante o de interés colectivo y general

Otro criterio adoptado a la hora de definir el objeto de publicación a cargo de los sujetos obligados toma en cuenta la relevancia de las informaciones. Así, según la ley brasileña, deberán ser publicadas de forma proactiva las informaciones de interés colectivo o general producidas o que obren en poder de los órganos y entidades públicas, desde que estén relacionadas con temas de su competencia²⁴¹. Por su parte, España también ha adoptado ese mismo criterio. Así es que la Ley de Transparencia de ese país determina la publicación de información actualizada y cuyo conocimiento favorezca a la transparencia gubernamental²⁴².

Como puede observarse, las dos leyes recurren a los llamados *conceptos jurídicos indeterminados* para definir el objeto de la divulgación, se utilizan expresiones como “interés colectivo o general” o “información cuyo conocimiento sea relevante para”, estas fórmulas tan abiertas pueden generar dificultades de interpretación a la hora de identificar qué informaciones deberán ser publicadas de forma proactiva por la Administración Pública. Por tanto, si la ley no define lo que es “interés colectivo” ni “información relevante” el funcionario de turno tiene la discrecionalidad para interpretar y decidir lo que debe ser publicado, quedando a su cargo la tarea de ampliar o restringir el control ciudadano de los actos oficiales. Sostengo que este tipo de discrecionalidad no es compatible con una ley que busca establecer reglas objetivas de fiscalización y prevención de la corrupción.

Para evitar que la discrecionalidad administrativa excesiva frustre el derecho a la transparencia, el Parlamento suelen fijar un catálogo de materias que deben ser

²⁴¹ BRASIL. Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. BRASIL. 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

²⁴² ESPAÑA. Ley de transparencia. ARTÍCULO 5: Principios generales. 1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

publicadas obligatoriamente por los órganos y entidades públicas en cumplimiento de la Ley de Transparencia. A esta sazón, la ley de Brasil considera como informaciones que deben ser publicadas por la Administración, previo pedido de los interesados, las relacionadas con la gestión de recursos públicos, en particular las referentes a licitaciones, contratos administrativos y convenios, todas ellas hallan su justificación en el contexto de la contratación administrativa, ya que éste es el ambiente donde más ocurren actos de corrupción²⁴³.

Esa preocupación respecto a la correcta utilización de los recursos públicos también es un tema del que se ocupa la norma española. La Ley de Transparencia de ese país determina que los sujetos obligados deberán publicar, como mínimo, las informaciones relativas a la gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria, como los contratos, los convenios, las subvenciones y ayudas concedidas²⁴⁴.

²⁴³ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 8º: É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. § 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III - registros das despesas; IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade. “Ley de Transparencia y Acceso a la información, 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.”

²⁴⁴ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 8: Información económica, presupuestaria y estadística. 1). Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

Efectivamente, según la definición que se ha propuesto, la corrupción tiene como objeto el acto ilícito cometido por un agente público que abusa de su función para sacar una ventaja económica indebida, bien para sí mismo, o bien para otra persona o comunidad a que pertenezca. Con frecuencia tales “ventajas indebidas” tienen como origen licitaciones fraudulentas, contratos y convenios con sobreprecio o incluso la realización de obras públicas innecesarias, que agravan el despilfarro de recursos oficiales. De ahí que el Legislador ordene que esas informaciones sean publicadas en páginas web u otros sitios para el conocimiento de todos. A continuación, veremos qué informaciones deben ser publicadas respecto a los contratos, convenios, subvenciones y ayudas de la Administración, y lo más importante, se mostrará cómo esa publicación puede servir de herramienta en la lucha contra la corrupción.

3.4 Información con repercusión económica

Tratándose de actos relacionados con el régimen contractual del Estado, la información publicada deberá indicar todos los elementos esenciales del contrato, convenio, subvención o ayuda, así como las partes que lo han suscrito, las obligaciones que cada una de ellas ha asumido, el plazo de duración, el objeto del acto de la Administración, el importe financiero, las modificaciones ocurridas (si las hubiere) y una relación de todos los beneficiarios. Todos estos elementos son expresamente referidos en la Ley de Transparencia de España, pero hay que tener en cuenta que las normas de las Comunidades Autónomas pueden ampliar tales garantías. En este caso, la norma de transparencia de la Comunidad de Extremadura, más allá de reproducir todos los elementos mencionados en la ley española, también considera que deberán ser publicadas las informaciones referentes a las decisiones de prórroga y resolución anticipada de los contratos, que técnicamente no puedan ser consideradas como modificaciones a los mismos”^{245 246}.

²⁴⁵ EXTREMADURA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 8: Contratos públicos. Serán objeto de publicación en el Portal Electrónico de la Transparencia y la Participación Ciudadanas: Número 99: 1). Los contratos adjudicados, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones, prórrogas y variaciones de plazo o de precio del contrato. EXTREMADURA. *Gobierno Abierto / Transparencia*. . [S.l: s.n.]. Disponible em: <<http://gobiernoabierto.gobex.es/transparencia/>>. Acceso em: 13 jun. 2014. , [S.d.]

En el ámbito internacional está el ejemplo de la Ley de Transparencia de Ecuador, que considera como obligatoria la divulgación de informaciones relacionadas a los contratos del sector público, sus anexos y reformas²⁴⁷. Estas mismas exigencias pueden observarse Ley de Transparencia de Colombia que, además, prescribe la necesidad de crear herramientas que permitan a los ciudadanos acceder al contenido del proceso de contratación²⁴⁸. Esta posibilidad de acceder a la integralidad del proceso de contratación, prevista por la normatividad colombiana, constituye una interesante medida de lucha contra la corrupción, toda vez que permite a la gente acompañar el procedimiento de licitación desde su origen, es decir, desde los estudios previos realizados por la Administración, pasando por la presentación y análisis de las propuestas (momento en que los expertos podrán identificar acuerdos entre empresarios para la fijación de precios o para la formación de un cartel, que bien podrá resultar del pago de sobornos a directivos de entidades privadas que compiten en el mismo mercado), y hasta la propia adjudicación.

Comparadas en este contexto, las exigencias fijadas en la ley de transparencia española respecto de las informaciones contractuales no son exageradas, pues, como se ha dicho, pretenden controlar los procesos corruptos en su principal origen: el marco de los contratos administrativos y de las licitaciones públicas. De acuerdo con un informe

²⁴⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. *Op.cit.* p. 125-144.

²⁴⁷ ECUADOR. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 7: Difusión de la Información Pública.- Por la transparencia en la gestión administrativa (...) difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley se la considera de naturaleza obligatoria: e) Texto íntegro de todos los contratos colectivos vigentes en la institución, así como sus anexos y reformas; ECUADOR. n° 24. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP). 18 mayo 2004. Disponible en: <<http://www.ecuadorestrategicoep.gob.ec/ley-transparencia>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

²⁴⁸ COLOMBIA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 10: Publicidad de la contratación. En el caso de la información de contratos indicada en el artículo 9 literal e), tratándose de contrataciones sometidas al régimen de contratación estatal, cada entidad publicará en el medio electrónico institucional sus contrataciones en curso y un vínculo al sistema electrónico para la contratación pública o el que haga sus veces, a través del cual podrá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo proceso contractual, en aquellos que se encuentren sometidas a dicho sistema, sin excepción.

Parágrafo. Los sujetos obligados deberán actualizar la Información a la que se refiere el artículo, no mínimo, cada mes. COLOMBIA. n° 1712. Ley de Transparencia y del derecho de acceso a la información. (6 mar. 2014). Disponible en: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%20DE%202014.pdf>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

publicado por la oficina antifraude europea (Olaf)^{249 250}, la corrupción cuesta a la Unión Europea más de 120.000 millones de euros al año, una cantidad de dinero casi equivalente a la tercera parte de su presupuesto para el período 2014/2020, evaluado en 376 000 millones de euros; este dato es suficiente para evidenciar el perjuicio que la corrupción genera para la CE y sus Estados miembros²⁵¹.

En el caso de España, la misma investigación ha revelado que la corrupción conlleva a la desviación de 47.000 millones de euros al año (un 18,6% del PIB) y ha señalado como principales focos de irregularidades la financiación de los partidos, los contratos administrativos y las cuestiones urbanísticas²⁵².

En Brasil, la CGU²⁵³ informó que solamente en el 2013 fueron desviados más de 500 millones de euros de las arcas públicas a causa de la corrupción, según noticia publicada

²⁴⁹ Los sobornos y, en menor medida, las licitaciones fraudulentas son las prácticas más extendidas en España, de acuerdo con un informe encargado por la oficina antifraude europea (Olaf) el año pasado. En uno de cada tres contratos evaluados se detectó algún tipo de soborno, según aquel documento que, en realidad, no descubría nada nuevo: un año antes, el Tribunal de Cuentas había analizado 2.500 contratos adjudicados entre 2006 y 2007 por una cuantía total de 10 millones de euros, en los que detectó un buen número de prácticas que, si no eran corruptas, al menos sí evidenciaban vulnerabilidades en los procedimientos, como el fraccionamiento de la cuantía de los contratos con el fin de eludir las normas de contratación pública. *Los corruptos se quedan con el 25% del dinero de las contrataciones*. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/espana/2014/02/04/52f04cfc268e3e06358b4586.html>>. Acceso en: 17 marzo de 2014.

²⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA – OLAF. Oficina Europea de Lucha contra el Fraude. Disponible en: <http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_es.htm>. Acceso en: 17 marzo de 2014.

²⁵¹ EUROPA. Un presupuesto para Europa (2014-2020). Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/budget/bu0001_es.htm>. Acceso en: 17 marzo de 2014.

²⁵² Uno de cada cuatro euros destinados a contrataciones públicas en España se pierde en prácticas corruptas. Teniendo en cuenta que las licitaciones de este tipo mueven alrededor del 18,6% del PIB, la economía española pierde más de 47.000 millones de euros en prácticas ilegales. Unas cifras enormes que corresponden al informe sobre corrupción en la UE que ha elaborado la Comisión Europea y que pone de relieve los deficientes controles existentes en España para combatir esta lacra que afecta de algún modo a todos los Estados miembros y que cuesta a la UE más de 120.000 millones de euros al año. Los corruptos se quedan con el 25% del dinero de las contrataciones. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/espana/2014/02/04/52f04cfc268e3e06358b4586.html>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

²⁵³ La Contraloría General de la Unión (CGU) es el órgano del Gobierno Federal responsable de dar asistencia directa e inmediata al Presidente de la República en los asuntos que, en el ámbito del Poder Ejecutivo, sean relativos a la defensa del patrimonio público y al aumento de la transparencia de la gestión por medio de las actividades de control interno, auditoría pública, corrección, prevención y combate a la corrupción y mediación. La CGU también debe ejercer, como órgano central, la supervisión técnica de los órganos que componen el sistema de Control Interno, el Sistema de Corrección, de las oficinas de Defensor del Pueblo del Poder Ejecutivo Federal, prestando la orientación normativa necesaria. CGU - Controladoria-Geral da União. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

en la revista *Época* del 27/01/14²⁵⁴. De acuerdo con la Contraloría, los casos más significativos de corrupción en Brasil también están relacionados con las licitaciones públicas y los contratos administrativos²⁵⁵. La divulgación de la información referente a las licitaciones y contratos administrativos permite a los ciudadanos morigerar uno de los principales efectos de la corrupción, la *mala asignación de recursos públicos*.

Un buen ejemplo en este sentido la construcción del aeropuerto de Castellón, ubicado a 40 kilómetros de Castelló de la Plana, una de las principales ciudades de la Comunidad Valenciana en España, una de las regiones de Europa que más se ha visto azotada por esta lacra social y donde pululan las obras innecesarias. El mencionado aeropuerto ha sido considerado como una de las obras públicas más innecesarias y superfluas de España. Éste fue previsto para acoger a 600.000 turistas anualmente, pero ello no ha sucedido y en la actualidad el enorme aeropuerto –al igual que otros como el de la ciudad de Alicante- se encuentra vacío y funcionando a una pequeña fracción de su capacidad instalada, según revela la prensa española²⁵⁶. La obra tuvo un coste oficial de

²⁵⁴ Como se desvia dinheiro no Brasil. ÉPOCA | IDEIAS. Disponible en: <<http://revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2012/01/como-se-desvia-dinheiro-no-brasil.html>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

²⁵⁵ Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios. As irregularidades em processos licitatórios foram novamente os problemas mais encontrados em municípios fiscalizados pela Controladoria-Geral da União (CGU). Na 30ª edição do seu Programa de Fiscalização por Sorteio, a CGU registrou problemas com licitações em 57 (ou 95%) dos 60 municípios fiscalizados (...) Castro; Fabiano de, (a corrupção no orçamento: fraudes em licitações e contratos com o emprego de empresas inidôneas) Disponible en: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053588.PDF>>. Acceso em: 17 mar. 2014

²⁵⁶ LEVANTE-EMV. **Europa señala el aeropuerto como un símbolo del despilfarro**: Jordi Ruiz Castelló. Los 30 millones que destinó la Generalitat a promocionar el aeropuerto de Castelló serían insuficientes para igualar el impacto mediático que ha tenido en los últimos meses la infraestructura, sobre la que ha puesto el foco la prensa de medio mundo. La tormenta económica y financiera que azota a España ha situado al país en el punto de mira internacional. Los analistas europeos tratan de explicar los motivos que han llevado a esta situación y coinciden en su apreciación de que la política de grandes proyectos desarrollada en los años de bonanza es uno de los motivos del desbocamiento del déficit público, cuyas consecuencias se están pagando ahora. Como símbolo de los desmanes cometidos, emerge el aeropuerto sin aviones de Castelló, protagonista de varias informaciones. Con motivo del rescate a la banca, la prensa internacional ha vuelto a focalizar su atención en España y, una vez más, en la infraestructura castellanense. En las últimas semanas, varios periodistas de medios extranjeros se han desplazado hasta la provincia para conocer la realidad del aeropuerto. La semana pasada estuvo la radio pública francesa y una televisión franco-alemana y esta semana la prestigiosa revista alemana *Der Spiegel*, que prepara un informe especial sobre la situación de España, y que no podía pasar por alto el aeropuerto sin aviones.

A finales de mayo en la portada de la francesa *Le Point* se anunció el reportaje "Los que han arruinado a España", que se centra en las "locuras inmobiliarias" de la Comunitat. La información arranca con el testimonio de un guarda de seguridad del aeropuerto: "En la Rumanía de Ceausescu o en una república bananera, este tipo de cosas no sorprenderían mucho, me imagino. Pero tenerla delante de mis ojos, aquí,

136 millones de euros, aunque se calcula que, sumando los gastos de construcción de los accesos y otras expensas, el valor total supera los 150 millones de euros. Hechos como estos demuestran la capacidad corruptora de la larga hegemonía política por parte de un solo partido en la Generalitat Valenciana²⁵⁷.

Si volvemos la mirada a Brasil, encontramos que también ha sufrido innumerables casos de mala asignación de recursos públicos relacionados a licitaciones y contratos administrativos; los más recientes vinculados a la construcción de Estadios y locaciones para el Campeonato Mundial de Fútbol en 2014, conforme lo ha reconocido la directora ejecutiva del Comité organizador del campeonato, Joana Havelange, nieta del ex-presidente de la FIFA João Havelange.

Refiriéndose a los gastos para la realización del mundial, Joana dijo que: “(...) lo que había de ser gastado, robado, ya lo fue (...)”²⁵⁸. Esta declaración pone de manifiesto que el criterio utilizado para la construcción de estadios de fútbol no tuvo en cuenta la viabilidad económica, sino que se rigió por otros objetivos muy diferentes del interés público.

todos los días, es surrealista". El narrador explica que "el objeto de espanto" del guarda es "un flamante aeropuerto, en medio de ninguna parte, a 40 kilómetros de Castelló de la Plana, la principal ciudad del norte de la Región de Valencia". Y añade: " Inaugurado hace un año y previsto para acoger 600.000 turistas anuales de sol y playa, todo está en orden, la circunvalación, la señalización, la torre de control, los halls marmolados de la terminal, una pista de aterrizaje concebida para Airbus, un parking gigantesco plagado de farolas de diseño...Solo falta una cosa: los aviones". **Europa señala el aeropuerto como símbolo del despilfarro.** -LEVANTE-EMV. Disponible en: <<http://www.levante-emv.com/castello/2012/06/21/europa-senala-aeropuerto-simbolo-despilfarro/914706.html>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

²⁵⁷ LEVANTE-EMV. Fabra, un líder a la norcoreana. El periodista incide en la "colosal" escultura de Ripollés de la entrada, "que evoca un culto a la personalidad a la norcoreana" y que "representa a Carlos Fabra, el cacique local e inspirador de proyecto". "Todo este despilfarro, de dinero público sobre todo, y ni un solo avión", sentencia. Hace unos meses, la prensa británica (*The Guardian*, *The Telegraph*) ya puso su atención en el aeropuerto sin aviones de Castelló, al que consideraron un "elefante blanco", calificativo que define aquellos proyectos cuyo coste de mantenimiento es superior a sus beneficios. La instalación cruzó el charco y también fue objeto de análisis en las páginas de *The New York Times*. En un mundo globalizado, el aeropuerto de Castelló llegó incluso a Asia, donde la prensa vietnamita y filipina le dedicaron sendas informaciones. En concreto, el *Manila Bulletin* y la agencia *Vietnam News* reprodujeron un reportaje de la agencia *France-Press* sobre los aeropuertos "fantasma" de España, con mención especial para el de Castelló. **Europa señala el aeropuerto como símbolo del despilfarro** - Disponible en: <<http://www.levante-emv.com/castello/2012/06/21/europa-senala-aeropuerto-simbolo-despilfarro/914706.html>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

²⁵⁸ EL PAÍS. “Lo que había que robar, ya fue robado”. Disponible en: <http://deportes.elpais.com/deportes/2014/05/28/actualidad/1401231635_403645.html>. Acceso en: 13 jun. 2014.

Aunque Brasil suele calificarse como un país de medidas continentales, ya que con sus 8.514.767 km² ocupa un área correspondiente al 21,5% del continente Americano y el 47% de Sudamérica, y aunque el estereotipo brasilero esté siempre vinculado al fútbol, la verdad es que por lo menos 4 de los estadios del mundial fueron construidos en ciudades donde no hay equipos de fútbol con seguidores suficientes para llenarlos o mantenerlos durante todo el año²⁵⁹. Así es que se corre el riesgo de que todos ellos se conviertan en típicas "catedrales en el desierto", expresión utilizada por Fabián Caparrós para referirse a ese efecto negativo de la corrupción:

“La corrupción propicia la contratación de proyectos faraónicos que constituyen una perfecta excusa para el pago de comisiones ilícitas. Estas "catedrales en el desierto" son de dudosa utilidad, resultando con frecuencia abandonadas, generando, a su vez, nuevas oportunidades para la corrupción. En consecuencia, los recursos públicos se desvían hacia fines ajenos a criterios de racionalidad económica, resultando de todo ello un descenso manifiesto en los niveles reales de inversión generadora de riqueza a medio y largo plazo”²⁶⁰.

En este orden de ideas, la aprobación de una Ley de Transparencia que consigne la obligación de publicar estos datos permite al ciudadano conocer los hechos relacionados con el cumplimiento del objeto del contrato, como la entrega de los bienes adquiridos en perfectas condiciones de uso, lo que no siempre ocurre, con el agravante de que este tipo de irregularidades quedan a cubierto de los ojos del control ciudadano.

Las investigaciones realizadas en Brasil alrededor han revelado que la gran mayoría de empresarios contratados para construir viviendas destinadas al programa del Gobierno Federal llamado *Mi Casa-Mi Vida* han utilizado en las obras materiales de pésima calidad, lo que en muchos casos ha impedido que las casa puedan ser habitadas por los beneficiados del el programa²⁶¹. En otras palabras, los empresarios deshonestos

²⁵⁹ Quatro estádios da Copa estão à beira do abismo da falta de rentabilidade. Disponible en: <<http://esportes.terra.com.br/futebol/copa-2014/,553bd54121633410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acceso en: 17 mar. 2014.

²⁶⁰ FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003. p. 33.

²⁶¹ El Programa Mi Casa-Mi Vida - PMCMV fue creado por la Ley n° 11.977, de 7 de Julio de 2009. Se trata de un programa de construcción de viviendas sociales con recursos del gobierno federal de Brasil, que posteriormente las vende a personas pobres con un financiamiento de bajo interés. BRASIL. 11.977.

obtuvieron recursos públicos para la construcción de las viviendas, y para aumentar sus ganancias redujeron la calidad de los materiales empleados en la construcción. Esto constituye una clara apropiación indebida de recursos públicos, que si bien no caracteriza corrupción en el sentido más estricto del término, sí por lo menos debería ser enfrentada por otras medidas como la *transparencia gubernamental*²⁶².

3.5 Información sobre la agenda de reuniones de los responsables políticos del Estado y titulares de altos cargos en la Administración Pública

Al presentar el marco conceptual de la corrupción, se introdujo en la definición un elemento subjetivo estrechamente ligado a la naturaleza ilícita de este fenómeno, me refiero al rompimiento del vínculo de confianza entre el ciudadano y el gobernante o agente público que cometen actos corruptos. A mi juicio, si la confianza en estos actores es tan importante para la legitimación del sistema jurídico-político, la Ley de Transparencia debería ocuparse especialmente de la divulgación de la mayor cantidad posible de informaciones, pues éste acto de conocimiento –o al menos posibilidad de conocimiento- fortalece el vínculo de confianza entre el ciudadano y el gobernante.

Emilio Guichot defiende que una Ley que de verdad pretenda enfrentarse a la corrupción impondría la obligación de publicar informaciones sobre la *agenda de reuniones* de los responsables políticos del Estado²⁶³. La exposición pública de esta agenda, permitiría conocer las posibles influencias que se ejercen sobre el agente público, y comprender cuando la amenaza de intereses oscuros se cierne sobre quienes toman las decisiones estatales. Esto brindaría la posibilidad de prevenir casos de

Programa Minha Casa - Minha Vida. 7 jul. 2009. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11977compilado.htm>. Acceso en: 23 mayo 2014.

²⁶² TRF 4º. CEF deve responder judicialmente por defeitos em moradias do Minha Casa Minha Vida. Disponible en: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=9076>. Acceso en: 23 mayo 2014.

²⁶³ GUICHOT, Emilio. Histórico OPINIÓN - ABC.es - lunes 30 de abril de 2012. Disponible en: <<http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20120430&idn=1502732850340>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

corrupción, gestados en el peligroso acercamiento entre Administración Pública y los empresarios, a quienes sólo mueve el principio de maximización de beneficios. Fenómeno del que han dado cuenta los autores Sánchez Morón²⁶⁴ y Contreras Alfaro²⁶⁵. A su vez, el profesor Mouraz Lopes puntualiza que medidas como esas permitirían que el control ciudadano de esas personas no quede reducido al mero escrutinio electoral cada tantos años, sino que pueda realizarse en todo momento, y a través de herramientas autónomas e independientes de acompañamiento.

A pesar de la relevancia social y democrática de esa información, las leyes de transparencia de España y Brasil no obligan la divulgación de la agenda de estos titulares de altos cargos en la Administración Pública y en el Gobierno. Estos espacios de oscuridad que aún permanecen que aún se resisten al *principio de transparencia*, siguen siendo abrigo para la acción de los deshonestos. Otro aspecto importante que ha sido omitido por estas leyes tiene que ver con la obligación de publicar toda retribución que los titulares de altos cargos reciban en el sector privado. Se trata de una exigencia que hace el Parlamento Europeo y que toma en cuenta el hecho de que el soborno puede ser pagado por medio de la actividad privada desarrollada por el agente público; de ahí la necesidad de su conocimiento público²⁶⁶.

3.6 Lugar de publicación de las informaciones

Otro tema que merece atención cuando hablamos de transparencia activa y medidas anticorrupción se refiere al lugar donde la Administración Pública ha de divulgar las informaciones que establece la ley. Es obvio que depende del medio utilizado por el gestor público la divulgación podrá alcanzar más o menos personas, lo que redundará directamente en la posibilidad de un mayor o menor control ciudadano de los actos oficiales.

²⁶⁴ SANCHEZ MORON, M. "La corrupción y los problemas del control de las Administraciones Públicas". W.AA. **La Corrupción Política**. Madrid, 1997. p.190. *Apud.* ALFARO, Luis Humberto Contreras. **Corrupción y principio de oportunidad: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional**. *Op.cit.* p.135.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 137.

²⁶⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. *Op.cit.* p.125-144.

El Legislador brasileño, teniendo en cuenta la gran importancia de los canales de divulgación para el éxito de la ley de transparencia, ha establecido que la publicación de las informaciones sujetas a ese deber puede acontecer por cualquier medio, desde los más tradicionales hasta los más modernos²⁶⁷. En un país como Brasil existe una gran parte de la población que no dispone de los medios modernos para acceder a la información divulgada por los órganos y entidades públicas. La Ley de Transparencia de Brasil, atenta a esta circunstancia, impuso a la Administración Pública la obligación de crear un *Servicio de Información al Ciudadano* en cada órgano y entidad que forma parte de su estructura. Este servicio se corresponde con el que prestaban las tradicionales *oficinas de atención presencial*, los servicios de atención telefónica, entre otros, previstos en otros países²⁶⁸. Se le concede la competencia de atender y orientar a los interesados sobre aquellos temas en los que tengan dudas o necesiten informaciones, recibir pedidos de acceso a la información pública y facilitar el contenido de los actos oficiales, con la salvedad de los datos que estén protegidos por el secreto legal.

Como forma de garantizar la publicidad, los órganos y entidades públicas deben también realizar *audiencias públicas* y *consultas* sobre determinados temas, desde ahí se permite un mayor control de los actos oficiales. En España, estas funciones de apoyo a los ciudadanos a la hora de presentar solicitudes de información a la Administración Pública son desarrolladas por las Unidades de Información²⁶⁹.

²⁶⁷ BRASIL, Ley de Transparencia. Art. 9º: O acesso a informações públicas será assegurado mediante: I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para: a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações; b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades; c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

Art. 8º: É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. § 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet). BRASIL. 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso em: 8 mayo 2014.

²⁶⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. *Op.cit.* p. 104-105.

²⁶⁹ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 21. Unidades de información. (...) 2. En el ámbito de la Administración General del Estado, existirán unidades especializadas que tendrán las siguientes funciones: a) Recabar y difundir la información a la que se refiere el capítulo II del título I de esta Ley. b) Recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información. c) Realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada. d) Realizar el seguimiento y control de la correcta

En lo atinente a las nuevas tecnologías, la ley prevé que la Administración Pública debe crear canales en internet para divulgar informaciones a los ciudadanos, como las *páginas web* y las *sedes electrónicas*, estas últimas expresamente referidas en la ley de transparencia española²⁷⁰. Dichas sedes traducen el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración Pública de forma no presencial, una realidad que, en España está regulada en la ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos²⁷¹. Esta norma "regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas"²⁷². Ella se constituye en una herramienta al servicio de la transparencia del control de los actos oficiales, y por ende, de lucha contra la corrupción²⁷³.

tramitación de las solicitudes de acceso a la información. e) Llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información. f) Asegurar la disponibilidad en la respectiva página web o sede electrónica de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia. g) Mantener actualizado un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información que obre en poder del órgano. h) Todas aquellas que sean necesarias para asegurar una correcta aplicación de las disposiciones de esta Ley. ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

²⁷⁰ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 5: Principios generales. (...) 4º. La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización. (...) ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

²⁷¹ ESPAÑA. Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. 11. Disponible en: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12352>>. Acceso en: 31 mayo 2014.

²⁷² ESPAÑA. Ley 11/2007. ARTÍCULO 1. Objeto de la ley: 1º. La presente Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica. "ESPAÑA: Ley 11/2007, acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. 11. Disponible en: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12352>>. Acceso en: 31 mayo 2014".

²⁷³ ESPAÑA, Ley 11/2007, ARTÍCULO 3º: Finalidades de la Ley 11/2007. Son fines de la presente Ley: (...) 4. Promover la proximidad con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general. (...) 6. Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales. ESPAÑA: Ley 11/2007, acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Disponible en: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12352>>. Acceso en: 31 mayo 2014.

Haciendo uso de una poderosa herramienta como ésta es que un grupo de brasileños presentó, en el primer semestre de 2014, una denuncia al Tribunal de Cuentas de la Unión noticiando irregularidades cometidas por Diputados y Senadores respecto a la utilización de la llamada "cota parlamentaria". Esta es una cantidad a que tienen derecho los Diputados Federales y los Senadores brasileños y que sirve para sufragar gastos como billetes de avión, alquiler de coches, llamadas telefónicas, correo, consultorías y mantenimiento de sus despachos políticos en los Estados. Las cifras oscilan entre 9.000 y 13.000 euros mensuales, pero la forma como venían siendo gastados llamó la atención de un empresario de Brasilia, que inició –junto con otros ciudadanos- una investigación apoyándose en los datos publicados en los portales de transparencia. La movilización que se generó fue conocida como "*operación pega safado*", y reveló muchas irregularidades cometidas con estos recursos, tales como pago por consultoría hecha por empresas fantasmas, contratación de una radio del propio parlamentario para divulgar las virtudes de su mandato, y el traspaso de recursos a un hotel propiedad de otro parlamentario.

Los datos obtenidos fueron enviados al Tribunal de Cuentas que, en principio, concluyó que las irregularidades son verdaderas, conforme revela el fallo número AC-1312-17/14-P²⁷⁴. Luego, el TCU encaminó un oficio al Senado y a la Cámara de los Diputados para apurar los hechos, identificar los responsables y adoptar medidas para la el resarcimiento de las arcas públicas. Todos estos acontecimientos comprueban la importancia de la Ley de Transparencia como medida de lucha contra la corrupción, pues una investigación de gran calado como ésta se inició a causa de las informaciones publicadas en línea.

Pero la obligación de publicar informaciones a través de internet no se impone a todos los órganos y entidades que forman parte de la Administración Pública brasileña.

²⁷⁴ BRASIL. TCU. Acórdão Plenário Tcu- Operação pega-safado. nº AC-1312-17/14-P. [S.l: s.n.], [S.d.]. Disponible en: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=43C121E647D1B75F78A1487387D76BF4?key=acordao-legado-120275&texto=706567612b73616661646f&sort=relevancia&ordem=desc&bases=ato-pessoal;acordao-legado;decisao-legado;relacao-legado;processo-externo;normativos;portal-publico;acordao-relacao-legado;ata-sagas;ata-PORTAL;&highlight=706567612b73616661646f&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=2>. Acceso en: 31 mayo 2014.

Tratándose de municipios de hasta 10.000 habitantes, la ley no les impone este deber, teniendo en cuenta las dificultades estructurales que presentan para desarrollar esa herramienta²⁷⁵. Pero esta excepción no prevalece cuando la información esté relacionada con gastos presupuestarios o financieros a cargo del municipio, aunque éste tenga menos de 10.000 habitantes²⁷⁶.

Respecto a las entidades privadas que reciben recursos públicos, la ley brasileña no les impone el deber de publicar informaciones en internet. Es decir, que ellas quedan obligadas a garantizar únicamente el derecho de acceso, aunque no tengan más vínculos con el Estado²⁷⁷.

España toma una solución diferente, su Ley de Transparencia permite a las entidades sin ánimo de lucro (las que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural) con un presupuesto inferior a 50.000 euros, utilizar los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración Pública- de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas²⁷⁸.

²⁷⁵ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 8º: É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. (...) § 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar no 101, de 4 de mayo de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). BRASIL. nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

²⁷⁶ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 48: São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. PARÁGRAFO ÚNICO. A transparência será assegurada também mediante: I – (...) II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; (...) justamente porque dichas entidades pueden favorecer a la corrupción. BRASIL. nº 101. Lei Responsabilidade Fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acceso em: 31 mayo 2014.

²⁷⁷ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 7º: O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...) III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; BRASIL. nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso: 8 mayo 2014.

²⁷⁸ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 5º: Principios generales. (...) 4º (...) Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo

En cuanto al plazo de permanencia de la información en las páginas web las leyes de transparencia no suelen decir nada, ni tampoco si los datos podrán ser retirados tras un determinado periodo de tiempo. La ley 29/2010, del 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña autoriza la retirada de la información publicada que se haya quedado obsoleta²⁷⁹. Esta regla no tiene correspondencia en las leyes de transparencia de España y Brasil, sin embargo creo que no está de más hacerse la pregunta de cómo y quién decide la obsolescencia de la información.

Examinando ese punto, los expertos consideran que, en general, las informaciones publicadas no pueden ser retiradas de las páginas web, salvo cuando esa retirada tenga como objetivo permitir su actualización²⁸⁰. Y excepcionalmente, cuando con la retirada se estén protegiendo derechos fundamentales reconocidos judicialmente. Esa interpretación permite a los ciudadanos comparar datos de diferentes periodos de tiempo, especialmente en materia de contratos administrativos, pudiendo identificar casos de sobreprecio o eventual direccionamiento de la licitación para beneficiar a determinada empresa.

presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración Pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas. ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso: 6 mayo 2014.

²⁷⁹ BRASIL. Ley del Uso de los Medios Electrónicos II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; (...) justamente porque dichas entidades pueden favorecer a la corrupción. BRASIL. n° 101. Lei Responsabilidade Fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 31 mayo 2014.

²⁷⁹ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 7º: O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...) III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado. BRASIL. n° 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso: 8 mayo 2014.

²⁷⁹ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 5: Principios generales. (...) 4. (...) Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios del Sector Público de Cataluña. ARTÍCULO 9º: Calidad de la información del sector público. 1. La información del sector público que se difunde por medios electrónicos debe ser: a) Actualizada, que indique la fecha de la última actualización y que retire los contenidos obsoletos.

²⁸⁰ GUICHOT, Emilio et al. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 155-156.

La importancia de esa comparación a lo largo de los años quedó reflejada en el caso de una empresa brasileña del municipio de Santarém, en Pará, región al norte de Brasil. Allí, el alcalde contrató a una empresa para pavimentar las calles de la ciudad en el año 2003, y para ello utilizó una licitación que había tenido lugar cinco años antes, en el año 1998. La empresa a la que se le adjudicó el contrato fue la misma en los dos casos. Esta empresa también fue contratada en 2008 para la construcción de casas populares, pero ahora, en lugar de hacer otro proceso de licitación, se hizo una adenda al contrato que ya mantenía con el municipio. Según la CGU, nada de esto era posible jurídicamente²⁸¹.

Por esta razón el Decreto n° 5.482 (30 de junio de 2005), al reglamentar el portal de transparencia de Brasil, considera obligatoria la publicación de la información referente a licitaciones, contratos y convenios²⁸².

3.7 Forma de publicación

Como forma de permitir y facilitar el control ciudadano de los actos oficiales, las leyes de transparencia suelen establecer que las informaciones publicadas a través de páginas web o cualquier otro medio deben estar organizadas de manera objetiva y clara, con un lenguaje de fácil comprensión, de tal modo que todos puedan acceder a su contenido. Esta previsión transmite al deber informador del Estado una preocupación que es esencial a un sistema democrático: que el ejercicio de los derechos no sea una exclusividad de las élites. Esta tendencia es seguida por Brasil²⁸³ y España²⁸⁴. Esto

²⁸¹ CGU. Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2010/noticia08510.asp>>. Acesso em: 31 mayo 2014.

²⁸² BRASIL. Decreto n° 5.482, de 30 de junho de 2005. Al regulamentar el portal Art. 2° Os órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, deverão manter em seus respectivos sítios eletrônicos, na Rede Mundial de Computadores - Internet, página denominada Transparência Pública, para divulgação, de dados e informações relativas à sua execução orçamentária e financeira, compreendendo, entre outras, matérias relativas a licitações, contratos e convênios. BRASIL. Decreto n° 5.482. Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por Internet. 30 jun. 2005. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm>. Acesso en: 31 mayo 2014.

²⁸³ BRASIL. Art. 8°: É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

queda consignado en sus portales de transparencia, donde se establecen las características que debe poseer la información: accesibilidad, Interoperabilidad, reutilizabilidad²⁸⁵.

La gran dificultad a propósito de este tema es que pueda hacerse clara la información de naturaleza técnica, como sería el caso de las partidas presupuestarias de las Administraciones públicas, informaciones que, por su naturaleza, su comprensión demanda cierto conocimiento de contabilidad o economía. En efecto, si los ciudadanos no son capaces de entender esos datos no podrán ejercer de manera efectiva el control de los actos del Estado, lo que redundaría en que la Ley de Transparencia no pueda cumplir uno de sus papeles fundamentales en la lucha contra la corrupción.

Por otro lado, la ley de Brasil también establece que la información debe ser actualizada, sin embargo no establece la periodicidad con la cual esto debe ocurrir, lo

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos: I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão; II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações; III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina; IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação; V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso; VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso; VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008.- BRASIL. nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

²⁸⁴ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 5º: Principios generales. (...) 5. Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos. ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso: 6 mayo 2014.

²⁸⁵ ESPAÑA. ARTÍCULO 11: Principios técnicos. El Portal de la Transparencia contendrá información publicada de acuerdo con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente que deberán adecuarse a los siguientes principios: a) Accesibilidad: se proporcionará información estructurada sobre los documentos y recursos de información con vistas a facilitar la identificación y búsqueda de la información. b) Interoperabilidad: la información publicada será conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por el Real Decreto 4/2010, de 8 enero, así como a las normas técnicas de interoperabilidad. c) Reutilización: se fomentará que la información sea publicada en formatos que permita su reutilización, de acuerdo con lo previsto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y en su normativa de desarrollo.

que puede generar problemas desde el punto de vista de la efectividad de las medidas anticorrupción. En España, la Ley de Transparencia y Buen Gobierno dice que las informaciones de los órganos y entidades públicas serán actualizadas periódicamente, sin decir cuánto es este plazo de actualización, lo que puede generar dudas respecto de su aplicación²⁸⁶. La doctrina española, interpretando la ley de forma sistemática, observa que cuando el legislador se refiere a los “contratos menores” de la administración, ha dicho que estos podrán ser publicados en tres meses²⁸⁷. Esta regla es considerada como de carácter excepcional, frente a una regla general que previene que las informaciones sean actualizadas en un plazo menor, que la ley no define precisamente²⁸⁸.

Para evitar que el plazo de actualización termine resolviéndose por vía de interpretación, la recién aprobada ley de colombiana ha dispuesto expresamente que tratándose de información referente al régimen de contratación estatal, ella deberá ser actualizada cada mes²⁸⁹. Considero que una previsión como ésta, no sólo favorece el control ciudadano, sino que también posibilita la adopción de otras medidas anticorrupción.

²⁸⁶ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.** *Op.cit.* p. 155-156.

²⁸⁷ ESPAÑA. Ley transparencia. ARTÍCULO 8º: Información económica, presupuestaria y estadística.

1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: a) (...) La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. ESPAÑA. Ley 19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso: 6 mayo 2014.

²⁸⁸ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.** *Op.cit.* 155-156.

²⁸⁹ COLOMBIA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 10: Publicidad de la contratación: En el caso de la información de contratos indicada en el artículo 9 literal e), tratándose de contrataciones sometidas al régimen de contratación estatal, cada entidad publicará en el medio electrónico institucional sus contrataciones en curso y un vínculo al sistema electrónico para la contratación pública o el que haga sus veces, a través del cual podrá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo proceso contractual, en aquellos que se encuentren sometidas a dicho sistema, sin excepción.

Parágrafo. Los sujetos obligados deberán actualizar la Información a la que se refiere el artículo, no mínimo, cada mes. COLOMBIA. n°1712. Ley de Transparencia y del derecho de acceso a la información. 6 mar. 2014. Disponible en: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%200DE%202014.pdf>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

3.8 Control y responsabilidad de los funcionarios

No hay dudas de que la ley de transparencia es una herramienta muy importante para la sociedad a la hora de controlar los actos oficiales. Sirve, además, para aclarar situaciones oscuras y prevenir actos de corrupción. Pero, qué ocurre si alguno de los sujetos obligados a actos de publicidad activa no cumple lo que manda la ley y, por ejemplo, no publica en páginas web u otros sitios las informaciones necesarias para conocimiento de los ciudadanos, menoscabando así las posibilidades de control democrático de los actos oficiales que impone la ley. Para cohibir conductas de este tipo las leyes de transparencia suelen prever la creación de un “órgano de control” del cumplimiento de sus reglas y de un “régimen de sanciones” que podrán imponerse a los funcionarios que no divulguen informaciones en las formas que establece la norma.

Para dar cuenta de esta situación, la Ley de Transparencia de Brasil prevé que el control en cuanto al cumplimiento de sus determinaciones estará a cargo de la Contraloría General de la Unión. Esto, sin embargo, no impide el control interno realizado directamente por cada órgano o entidad pública encargada de su aplicación en su ámbito de competencia.

En España, la tarea de fiscalizar el correcto cumplimiento de la ley está a cargo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que “podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan”²⁹⁰.

En el ámbito suramericano, Chile también se ha acogido a este modelo, encargando la labor de fiscalización al Consejo Para la Transparencia²⁹¹. Compete a éste promover

²⁹⁰ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 9º: Control. 1. El cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este capítulo será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. 2. En ejercicio de la competencia prevista en el apartado anterior, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan. 3. El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

²⁹¹ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 33: El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones: a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas. b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información

medidas que favorezcan la práctica de la publicidad en la Administración Pública, fiscalizando el cumplimiento de las reglas sobre transparencia y publicidad de la Administración Pública y garantizando el derecho de acceso a la información²⁹².

En cualquier caso, e independientemente del diseño institucional, para que pueda desarrollar sus funciones, es preciso que ese órgano de control sea independiente, que esté dotado de personalidad jurídica propia y que tenga competencia para emitir decisiones en esta materia, como ocurre con el Consejo para la Transparencia de Chile²⁹³.

Respecto de las sanciones, la ley brasileña considera ilícita la conducta del funcionario público -civil o militar- que deliberadamente se rehusare a suministrar la información requerida, o que, intencionalmente, facilite información incorrecta, incompleta o imprecisa²⁹⁴. También considera susceptible de castigo la conducta del funcionario que impone secreto a la información para sacar provecho personal o para tercero, o cuando

que le sean formulados de conformidad a esta ley. c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación. d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación. e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean. (...) CHILE. n° 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

²⁹² CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 32: El Consejo tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información. CHILE. n° 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

²⁹³ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 31: Créase el Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. El domicilio del Consejo será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de los domicilios que pueda establecer en otros puntos del país. CHILE. Ley n° 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>. Acceso en: 9 jun. 2014.

²⁹⁴ BRASIL. Art. 32 : Constituem condutas ilícitas que ensejам responsabilidade do agente público ou militar: I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; Em: BRASIL. Lei n° 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información, 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

la ocultación tiene como objetivo eludir la práctica de algún acto ilegal cometido por sí mismo o por otra persona²⁹⁵.

La punición de estos comportamientos pone de manifiesto el objetivo del Legislador de cohibir la práctica de actos de corrupción cometidos con fundamento en la propia ley. Esto es cuando el funcionario solicita una retribución o una ventaja indebida para facilitar el acceso a la información que ha colocado bajo secreto, o cuando dichas faltas tienen origen en otras normas y la Ley de Transparencia es utilizada para encubrir las irregularidades.

En cualquier caso, el incumplimiento intencionado a las obligaciones fijadas en la ley puede caracterizar bien una transgresión militar mediana o grave, o bien una infracción administrativa²⁹⁶. Cualquiera de éstas podrá ser sancionada con penas de suspensión, destitución de función, dimisión o casación de jubilación²⁹⁷.

Ahora bien, el autor de las conductas tipificadas como ilícitas en la ley brasileña podrá también ser responsable por la práctica de actos de improbidad administrativa²⁹⁸. En tal caso, podrá sufrir las sanciones de pérdida del cargo, empleo o función pública,

²⁹⁵ BRASIL. Art. 32: Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información, 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

²⁹⁶ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 32: (...) § 1o Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas: I - para fins dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificadas em lei como crime ou contravenção penal; II - para fins do disposto na Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

²⁹⁷ BRASIL. Ley N° 8.112, del 11 de diciembre de 1990. Dispone sobre el régimen jurídico de los servidores públicos civiles de la Unión, de las autarquías y de las fundaciones públicas federales. Art. 127: São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada. BRASIL. Lei nº 8.112. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. 11 dez. 1990. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acceso en: 6 jun. 2014.

²⁹⁸ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 32: (...) § 2o Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nos 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. , 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

suspensión de los derechos políticos, multa civil, entre otras²⁹⁹. Lo que se advierte –al menos en la letra de la norma- es que de aquí se obtiene toda una variedad de penalidades más rigurosas que las establecidas en otras leyes de igual naturaleza. La ley de Chile, por ejemplo, prevé que aquél funcionario de un órgano o servicio de la Administración del Estado que deniegue infundadamente el acceso a la información será penalizado con multa de 20% a 50% de su remuneración³⁰⁰. Y en caso de persistir en su actitud, se le impondrá el doble de la sanción pecuniaria indicada y, además, la suspensión de su cargo por un lapso de cinco días³⁰¹. Como una forma de morigerar el

²⁹⁹ BRASIL. Ley de Improbidad Administrativa. Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. BRASIL. Lei nº 8.429. Lei de Improbidade Administrativa. , 2 jun. 1992. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acceso en: 19 mar. 2014.

³⁰⁰ CHILE. Ley de Transparencia. TÍTULO VI: Infracciones y Sanciones. ARTICULO 45: La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo, así, lo dispuesto en el artículo 16, será sancionado con multa de 20% a 50% de su remuneración. CHILE. Ley nº 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

³⁰¹ CHILE. Ley de Transparencia. TÍTULO VI: Infracciones y Sanciones. ARTÍCULO 46: La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días. CHILE. Ley nº 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

rigor de las sanciones, la ley brasileña establece que, en todo caso, la aplicación de la sanción será fijada tomando en cuenta varios aspectos: la naturaleza y la gravedad de la infracción, los daños que ha producido para la Administración Pública, las circunstancias agravantes y atenuantes relacionadas al caso concreto, y los antecedentes del imputado³⁰².

3.9 Límites a la transparencia y el acceso a la información

Todo lo que se ha dicho hasta aquí permite concluir que la *transparencia gubernamental* y el *derecho de acceso a la información* son herramientas esenciales para la consolidación de la democracia y armas efectivas en la cruzada en contra de la corrupción. En ese entendido, pueden considerarse como reglas insoslayables del Estado democrático de Derecho. Pero, incluso a pesar de su valor, hay consenso en que en que no nos encontramos frente a posiciones o derechos absolutos, sino que están sujetos a limitaciones derivadas de su confrontación con otros intereses de gran importancia para la sociedad, como la *seguridad del Estado* y la protección de la *intimidad de los ciudadanos*. Estos intereses autorizan la creación de excepciones a la transparencia, es decir, espacios donde ella no produce sus efectos. Sin embargo éstos espacios deben estar clara y taxativamente fijados en la ley, tal y como lo recomiendan los documentos internacionales, como la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública³⁰³, y el Convenio 205 del Consejo de Europa³⁰⁴.

³⁰² BRASIL. Ley N° 8.112, del 11 de diciembre de 1990. Dispone sobre el régimen jurídico de los servidores públicos civiles de la Unión, de las autarquías y de las fundaciones públicas federales. Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. BRASIL. Lei nº 8.112. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. 11 dez. 1990. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acceso en: 6 jun. 2014.

³⁰³ OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. "El acceso a la información es un derecho humano fundamental y una condición esencial para todas las sociedades democráticas. El derecho de acceso a la información se aplica en sentido amplio a toda la información en posesión de órganos públicos, incluyendo toda la información controlada y archivada en cualquier formato o medio. El derecho de acceso a la información está basado en el principio de máxima divulgación de la información. Las excepciones al derecho de acceso a la información deberán ser clara y específicamente establecidas por la ley". OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso: 8 jun. 2014.

Una concepción restrictiva en cuanto a los límites de la transparencia se traduce en que el Legislador nacional y los organismos supraestatales deban establecer una lista cerrada de supuestos de hecho que constituyan la excepción de la regla general de la transparencia. Esta lista resultará de una decisión política del Parlamento tras confrontar los diferentes intereses en conflicto y la plausibilidad de las justificaciones para la restricción al acceso³⁰⁵. Tal técnica de comparación de intereses ya fue utilizada en documentos supraestatales, como el reglamento 1049/2001 de la Comunidad Europea³⁰⁶, la ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública³⁰⁷, y la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales del Consejo de Europa³⁰⁸. Todos estos documentos excluyen del ámbito de incidencia de la transparencia gubernamental hechos que puedan perjudicar la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales y la política financiera, monetaria y económica³⁰⁹.

³⁰⁴ CONSEJO DE EUROPA. Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. ARTÍCULO 3: Posibles límites al acceso a los documentos públicos. 1) Cada Parte puede limitar el derecho del acceso a los documentos públicos. Los límites deberán estar previstos por una ley, ser necesarios en una sociedad democrática y tener como objetivo la protección de: (...) CONSEJO DE EUROPA. 2009. Disponible en: <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convention_on_Access_to_Official_Documents_CofE_es.pdf>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁰⁵ GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.** *Op.cit.* p. 97-102.

³⁰⁶ ACCESS.INFO. Principios de la Unión Europea sobre acceso a documentos del Parlamento, Consejo y Comisión. Disponible en: <<http://www.access-info.org/es/union-europea/141-principios-de-acceso-a-documentos-en-la-ue>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁰⁷ OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso: 8 jun. 2014.

³⁰⁸ ACCESS INFO. Principios de la Unión Europea sobre acceso a documentos del Parlamento, Consejo y Comisión. Disponible en: <<http://www.access-info.org/es/union-europea/141-principios-de-acceso-a-documentos-en-la-ue>>. Acceso: 8 jun. 2014.

³⁰⁹ REGLAMENTO (CE) No 1049/2001 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 30 de mayo de 2001. Relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. ARTÍCULO 4: Excepciones.

1. Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: a) el interés público, por lo que respecta a: — la seguridad pública, — la defensa y los asuntos militares, — las relaciones internacionales, — la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro; b) la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales.

2. Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: — los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual, — los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, — el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior.

También quedan fuera del ámbito de incidencia de la transparencia y del derecho de acceso todas aquellas informaciones que puedan perjudicar la integridad, la intimidad y la privacidad de las personas, lo que significa que como derecho fundamental, la transparencia es un *principio derrotable* frente a otras posiciones iusfundamentales reconocidas por el sistema constitucional³¹⁰.

Esa tendencia según la cual la publicidad es la regla y el secreto la excepción, también ha sido seguida por las leyes de transparencia de Brasil³¹¹, y la de Chile³¹². Entre los

3. Se denegará el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior. Se denegará el acceso a un documento que contenga opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión, si la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior.

4. En el caso de documentos de terceros, la institución consultará a los terceros con el fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas en los apartados 1 o 2, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos.

5. Un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado.

6. En el caso de que las excepciones previstas se apliquen únicamente a determinadas partes del documento solicitado, las demás partes se divulgarán.

7. Las excepciones, tal y como se hayan establecido en los apartados 1, 2 y 3 sólo se aplicarán durante el período en que esté justificada la protección en función del contenido del documento. Podrán aplicarse las excepciones durante un período máximo de 30 años. En el caso de los documentos cubiertos por las excepciones relativas a la intimidad o a los intereses comerciales, así como en el caso de los documentos sensibles, las excepciones podrán seguir aplicándose después de dicho período, si fuere necesario. CONSEJO DE EUROPA. CE nº 1049/2001. Reglamento relativo al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo. 30 mayo 2011. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_es.pdf>. Acceso: 8 jun. 2014.

³¹⁰ OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Excepciones a la divulgación: 40. Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente bajo las siguientes circunstancias, cuando sean legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática, basándose en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano: a) Cuando el acceso dañare los siguientes intereses privados: 1. el derecho a la privacidad, incluyendo privacidad relacionada a la vida, la salud o la seguridad; OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso em: 8 jun. 2014.

³¹¹ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 3º: Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

supuestos que autorizan la restricción, merece la pena destacar aquellos donde la divulgación de la información sea capaz de poner en riesgo la defensa y la soberanía nacionales o la integridad del territorio del Estado, la vida, la seguridad o la salud de la población, o la estabilidad financiera, económica o monetaria del País. Este tipo de restricciones, de las que hace eco la ley de Brasil, son comunes a muchas normativas de transparencia, como por ejemplo la chilena y la española^{313 314}.

En el específico caso español, dichas restricciones han sido objeto de críticas de ciertas organizaciones como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Asociación Española de Archiveros de la Función Pública, entidades que

³¹² CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 11: El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios: Principio de apertura o transparencia, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas. CHILE. Ley n° 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>. Acceso en: 9 jun. 2014.

³¹³ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 21: Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. (...)

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

³¹⁴ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 14: Límites al derecho de acceso. 1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente. ESPAÑA. Ley n°19/2013. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

se manifestaron a este respecto sobre el proyecto que luego se convirtió en la ley española de transparencia³¹⁵. En líneas generales, las críticas planteadas han señalado que las limitaciones establecidas en la ley utilizan términos demasiado amplios para restringir la transparencia; esta amplitud permite que se lleguen a encuadrar dentro de la excepción los más diversos supuestos de hecho. Esto podría frustrar los objetivos de la norma, como son la promoción de la participación ciudadana y la lucha contra la corrupción.

Aunque esta objeción haya sido esgrimida en contra del proyecto de ley de transparencia de España, ella también podría plantearse respecto de la ley brasileña, toda vez que ésta utiliza términos abiertos y generalistas para fijar límites al derecho de acceso. Así, por ejemplo, el empleo de expresiones tales como "riesgos para la seguridad de las instituciones o de autoridades nacionales" puede justificar una decisión administrativa en el sentido de negar el derecho de acceso de los ciudadanos, aunque la petición del interesado esté relacionada con un caso de corrupción³¹⁶.

En la misma línea de esa crítica, otros expertos estiman que el empleo de cláusulas generales en las leyes de transparencia refleja una tendencia universal que ha quedado reflejada incluso en documentos internacionales sobre el tema, como el Reglamento 1049/2001 de la Comunidad Europea y la Ley Modelo Interamericana sobre el Acceso a la Información Pública³¹⁷. De cualquier manera, la subsunción de cada supuesto de hecho a las hipótesis de secreto siempre deberá realizarse en concreto y teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, de tal forma que siempre cabrá a las

³¹⁵ GUICHOT, Emilio et al. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.*, p. 97-102.

³¹⁶ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 23: São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³¹⁷ GUICHOT, Emilio. **Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América**. *Derecho Comparado de la Información*, n. 19, pp. 136–188, 2012. Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4279291>> Acceso en: 9 jun. 2014.

autoridades y a los tribunales decidir si están o no delante de un caso de secreto indebido.

Merece la pena señalar que las listas de restricciones fijadas en las leyes de transparencia no abarcan todos los casos de límites al ejercicio de este derecho. Si se tiene en cuenta la protección de otros bienes jurídicos que no han sido expresamente mencionados en este catálogo, se puede decir que las normas también pueden prever otros tipos de limitaciones a la transparencia, como es el caso del secreto profesional reconocido a los médicos a propósito de la información relativa a los pacientes que están bajo su cuidado.

En virtud de esa circunstancia, la ley brasileña prevé que las restricciones fijadas en ella no excluyen los supuestos de secreto establecidos en otras leyes, como el secreto judicial y el secreto industrial³¹⁸. Como norma de reenvío, esta disposición tiene un importante papel interpretativo, ya que permite que no se menoscaben otras cláusulas de secreto vigentes en el ordenamiento jurídico. De otro modo, las hipótesis de secreto fijadas en otras leyes anteriores habrían sido revocadas, teniendo en cuenta el principio de la continuidad de la ley.

3.10 Restricciones parciales

Además de los casos de restricciones generales, las leyes de transparencia suelen prever también limitaciones parciales; casos en que el interesado sólo podrá acceder a una parte del documento que esté archivado en el órgano o entidad público. En este caso, el acceso parcial podrá concretarse a través de una copia de las partes públicas del documento, o por medio de un certificado que reproduzca su contenido publicable³¹⁹.

³¹⁸ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 22: O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³¹⁹ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 7º: O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: § 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo. *Ibidem*.

Pero puede acontecer que, por el fraccionamiento de los documentos, el acceso parcial lleve al interesado a una información distorsionada o que carezca de sentido, desnaturalizando así el derecho de acceso. Con vistas a solucionar problemas de esta naturaleza, la ley de España determina que la Administración Pública deberá indicar al solicitante qué parte de la información ha sido omitida por los motivos legalmente establecidos; de tal forma el ciudadano podrá analizar críticamente a los documentos recibidos³²⁰. En todo caso, conviene señalar que las restricciones a la transparencia son excepcionales y que solo pueden aplicarse a casos extremos, tomando en cuenta su objeto y finalidad de protección³²¹.

Por ello, la autoridad pública debe siempre ponderar los intereses públicos y privados en conflicto a la hora de conceder el acceso a los documentos públicos. Ponderación ésta que se hace de forma motivada y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Por lo tanto, la decisión que deniega el derecho de acceso no es arbitraria sino que debe ser fundamentada a la luz de los supuestos de hecho de cada caso³²². En este particular, cobra gran importancia la *Abogacía Pública*, órgano que en el régimen brasileño es el encargado de asesorar a la Administración Pública en los casos de aplicación de la Ley de Transparencia³²³.

³²⁰ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 16: Acceso parcial. En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá 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. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso: 6 mayo 2014.

³²¹ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 14: Límites al derecho de acceso. 2. 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. Ídem, ibídem.

³²² OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información: (...) El proceso para solicitar información deberá regirse por reglas justas y no discriminatorias (...) que impongan a los órganos públicos la justificación del rechazo a una solicitud de acceso dando las razones específicas de la negativa; OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³²³ BRASIL. Constitución de Brasil. Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

La restricción a la transparencia no prevalece cuando la información solicitada se destina a la tutela judicial de derechos fundamentales, o tenga como objeto la descripción de conductas que conlleven la violación de los derechos humanos, perpetradas por agentes públicos o por orden de autoridades públicas³²⁴. En este caso, la ley de Brasil sigue las recomendaciones establecidas en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, que considera que la violación de los derechos humanos es, en todo caso, incompatible con el secreto³²⁵.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 jun. 2014.

³²⁴ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 21: Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. , 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³²⁵ OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Derecho Acceso a la Información Pública: 44). Las excepciones contenidas en el artículo 41 no deberán aplicarse en casos de graves violaciones de derechos humanos o de delitos contra la humanidad. OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 8 jun. 2014.

CAPÍTULO IV

4. El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva

4.1 Concepto y naturaleza

El *derecho de acceso a la información pública* constituye la otra cara de la transparencia gubernamental. Éste es el derecho que asiste a los ciudadanos para requerir a los órganos y entidades públicas informaciones que están bajo su control, aunque no sean publicadas en páginas web o en otro sitio. En vista de lo anterior, funciona como una herramienta que amplía el ámbito de incidencia de la publicidad oficial. Por ese motivo, se puede sostener que estamos en frente de una posición jurídica que sirve para coadyuvar la lucha contra la corrupción.

Por regla general, las leyes de transparencia contemplan el derecho de acceso a la información pública, pero limitándose a tocar sólo algunos aspectos de su régimen jurídico: los sujetos activo y pasivo, la forma de presentación de la solicitud, el plazo para la respuesta, las reglas sobre el silencio de la administración, entre otros aspectos.

La Ley de Transparencia argentina se aparta de ese modelo, estableciendo un concepto de derecho de acceso a la información y describiendo su finalidad:

Artículo 3º- Descripción

El Acceso a la Información Pública constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo 2º.

Artículo 4º —Finalidad

La finalidad del Acceso a la Información Pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través de la

provisión de información completa, adecuada, oportuna y veraz³²⁶.

Como se puede observar, se trata de una definición que tiene en cuenta tan solo uno de los aspectos del derecho de acceso: la participación ciudadana, pero no dice nada en cuanto a la lucha contra la corrupción. Esta omisión no impide que esa herramienta también sea utilizada para enfrentarse al fenómeno, especialmente si se tienen en cuenta los compromisos internacionales en esa materia adquiridos por los Estados.

Respecto a su naturaleza jurídica, la Constitución de Brasil reconoce al derecho de acceso la naturaleza de derecho fundamental³²⁷. De ahí que la Ley de Transparencia nacional le reconozca ese mismo carácter³²⁸. Este es un aspecto del que ya se ha hablado en este escrito, al tratar el tema del *deber de transparencia gubernamental activa*, en el capítulo II; por esta razón me dispense ahora de repetir lo ya consignado allí³²⁹.

4.2 Sujeto activo y pasivo del derecho de acceso

En general, sujeto activo y pasivo del derecho de acceso a la información pública puede ser cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera. Para ejercerlo o reivindicarlo no se requiere demostrar la titularidad del derecho

³²⁶ ARGENTINA. Decreto n° 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA. Disponible en: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Accesi en: 5 jun. 2014.

³²⁷ BRASIL. Constitución de Brasil. TÍTULO II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I, DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. , 5 out. 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acceso en: 1 jun. 2014.

³²⁸ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 3º: Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes. BRASIL. Lei n° 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³²⁹ Vid. *Supra*. Cap. II.

subjetivo ni un interés legítimo. Por demás, tampoco se precisa de la asistencia de abogado o letrado. Los Estados donde se toma en serio el tema de la corrupción reconocen este derecho en cabeza de la generalidad de los individuos con la suficiente amplitud, como un medio de incentivar la participación ciudadana y permitir el control del poder público. Esta concepción se aparta de la visión tradicional en que éste derecho se caracteriza exclusivamente como instrumento para la tutela de intereses individuales que deben ser probados³³⁰.

En contra de esta visión más moderna, la Ley de Transparencia de Brasil ha adoptado una solución que considero desafortunada a la hora de determinar al sujeto activo de este derecho. Cuando la norma se refiere genéricamente a “cualquier interesado”, la idea más extendida consiste en suponer que así se están abarcando a todas las personas físicas y jurídicas, sin ninguna restricción de naturaleza formal o material³³¹. Sin embargo, el término “interesado” se refiere a alguien que tiene un *interés legítimo* a la hora de pedir la información, es decir, alguien que tiene necesidad y utilidad de la información requerida, requisitos éstos que son propios del derecho procesal civil, pero que aquí podrían ser invocados para restringir el derecho de acceso. Y es que si la legitimación activa se verifica ante la existencia de un “interés”, el ciudadano tendría que demostrarlo para poder solicitar cualquier información a la Administración Pública.

Se trata de una exigencia que, en un contexto semejante, ya ha sido rechazada por la Oficina Antifraude de Cataluña, cuando dijo no consideraba razonable exigir la concurrencia de un interés legítimo para facilitar el acceso a los documentos contenidos en procedimientos archivados³³².

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también rechazó la comprobación del interés como requisito del derecho de acceso a la información

³³⁰ GUICHOT, Emilio et al. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 217-218.

³³¹ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 10: Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³³² FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. *Op.cit.* p. 75-83.

pública cuando decidió el Caso Claude Reyes contra Chile³³³. En esa oportunidad la Corte sostuvo que:

"La información debe ser proporcionada sin necesidad de comprobar interés directo ni relación personal para obtenerla, exceptuándose los casos en los cuales sea aplicable una restricción legítima" (apartado 77).

Esta falta sólo fue corregida seis meses después de la aprobación de la ley, con la elaboración del decreto que reglamenta su aplicación a la Administración Pública federal brasileña. En ese momento el Poder Ejecutivo ha aclaró que el término "interesado" se refería a cualquier persona física o jurídica³³⁴. Con esta enmienda de la norma se reproduce el diseño legal al que se han acogido otras leyes de igual naturaleza, como la española³³⁵, la chilena³³⁶, la argentina³³⁷, y la colombiana³³⁸.

³³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, 19 set. 2006. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>.

³³⁴ BRASIL. Decreto n° 7.724, de 16 de mayo de 2012. Art. 11: Qualquer pessoa, natural ou jurídica, poderá formular pedido de acesso à informação. BRASIL. Decreto n°7.724. Regulamenta a lei de acesso à informação. 16 mayo 2014. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³³⁵ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 12: Derecho de acceso a la información pública. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley. Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica. ESPAÑA. Ley n°19/2013. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Disponible: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

³³⁶ CHILE. Ley de Transparencia de Chile. ARTÍCULO 10: Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. (...) CHILE. Ley n° 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

³³⁷ ARGENTINA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 6°: Sujetos. Toda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado. ARGENTINA. Decreto n° 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA. Disponible en: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

³³⁸ COLOMBIA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 24: Del Derecho de Acceso a la Información: Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier sujeto obligado, en la forma y condiciones que establece esta ley y la Constitución. COLOMBIA. n°1712. Ley de Transparencia y del derecho de acceso a la información. 6 mar. 2014. Disponible en: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%2006%202014.pdf>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

Desde la perspectiva del derecho supraestatal, la Ley Modelo Interamericana se refiere a la “persona” cuando identifica al titular del derecho de acceso³³⁹. Idéntica solución adopta el Convenio N° 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos. Aplicar una fórmula ampliada a la determinación del sujeto activo del derecho de acceso no sólo simplifica el ejercicio del derecho, sino que también constituye una importante medida de lucha contra la corrupción, puesto que dispensa al ciudadano de comprobar su condición de interesado en el momento de solicitar información al órgano o entidad pública. Esta solución está mucho más cerca de lo previsto por la CNUCC³⁴⁰.

Respecto del sujeto pasivo, la norma brasileña adopta como modelo que la solicitud de acceso debe ser dirigida al órgano o entidad pública que tenga la información requerida³⁴¹. Ella puede presentarse a través del formulario tipo, bien físico o bien electrónico, que será facilitado por la Administración Pública a los ciudadanos y a las personas jurídicas³⁴². La solicitud también podrá presentarse por teléfono, e-mail o carta,

³³⁹ OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Derecho de acceso a la información: 5). Toda persona que solicite información a cualquier autoridad pública que esté comprendida por la presente ley tendrá los siguientes derechos, sujetos únicamente a las disposiciones del capítulo IV de esta ley (...) OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁴⁰ NACIONES UNIDAS. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. ARTÍCULO 10: Información pública: Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas: (...) b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; (...) NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. , 9 de diciembre. 2003. Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133300_es.htm>. Acceso en: 16 mar. 2014.

³⁴¹ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 10: Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³⁴² BRASIL. Decreto N° 7.724, de 16 de mayo 2012, que reglamenta la Ley de Transparência de Brasil. Art. 11. Qualquer pessoa, natural ou jurídica, poderá formular pedido de acesso à informação. § 1º O pedido será apresentado em formulário padrão, disponibilizado em meio eletrônico e físico, no sítio na Internet e no SIC dos órgãos e entidades. BRASIL. Decreto nº7.724. Regulamenta a lei de acesso à informação. 16 mayo 2014. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm>. Acceso en: 8 jun. 2014.

caso en el cual el interesado deberá ser informado del número de registro (o radicación) de su solicitud, comenzando a correr desde ese momento el plazo para respuesta del órgano o entidad³⁴³. La solución adoptada por el derecho brasileño es semejante a la que acogen otros países como Chile, donde se establece que el pedido de acceso deberá ser dirigido al órgano administrativo que posee la información, pero sin agregar ninguna exigencia formal, lo que simplifica el ejercicio del derecho³⁴⁴. Ésta, sin embargo no ha sido el camino tomado por países como España³⁴⁵ o Ecuador³⁴⁶. En estos dos países las leyes de transparencia establecen que el pedido de acceso deberá ser dirigido al “titular del órgano administrativo o entidad que posee la información”. No es suficiente, entonces, la mera indicación del órgano o entidad requerida. Esta disposición fue objeto de numerosas críticas por parte de determinados grupos parlamentarios españoles durante los debates que precedieron la aprobación de la ley de ese país³⁴⁷. Las críticas se centraron en el hecho de que los ciudadanos no siempre conocen el “titular” del órgano o entidad pública requerida, lo que puede dificultar el ejercicio del derecho y entorpecer la tarea de la ley en la lucha contra la corrupción.

³⁴³ BRASIL. Decreto Nº 7.724, Art. 11. (...) § 3º É facultado aos órgãos e entidades o recebimento de pedidos de acesso à informação por qualquer outro meio legítimo, como contato telefônico, correspondência eletrônica ou física, desde que atendidos os requisitos do art. 12. § 4º Na hipótese do § 3º o , será enviada ao requerente comunicação com o número de protocolo e a data do recebimento do pedido pelo SIC, a partir da qual se inicia o prazo de resposta. *Ibidem*.

³⁴⁴ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 12: La solicitud de acceso a la información será formulada por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener: (...) d) Órgano administrativo al que se dirige. (...) CHILE. Ley nº 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

³⁴⁵ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 17: Solicitud de acceso a la información. 1.) El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se iniciará con la presentación de la correspondiente solicitud, que deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

³⁴⁶ ECUADOR. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 19: De la Solicitud y sus Requisitos.- El interesado a acceder a la información pública que reposa, manejan o producen las personas jurídicas de derecho público y demás entes señalados en el artículo 1º de la presente Ley, deberá hacerlo mediante solicitud escrita ante el titular de la institución. En dicha solicitud deberá constar en forma clara la identificación del solicitante y la ubicación de los datos o temas motivo de la solicitud, la cual será contestada en el plazo señalado en el artículo 9 de esta Ley. ECUADOR. nº 24. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP). 18 mayo 2004. Disponible en: <<http://www.ecuadorestrategicoep.gob.ec/ley-transparencia>>. Acceso em: 8 jun. 2014.

³⁴⁷ GUICHOT, Emilio et al. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 218-219.

Tratándose de información que obre en poder de personas físicas o jurídicas prestadoras de servicios públicos o autorizadas a ejercer potestades administrativas, la ley española tampoco permite el acceso directo a la información requerida, disponiendo que, en este caso, el interesado deberá solicitarla al órgano o entidad a que esté vinculada dicha persona³⁴⁸. Esta misma solución también ha sido la adoptada en la Ley de Transparencia de Brasil, que impone el deber de asegurar el derecho de acceso exclusivamente a los órganos y entidades que forman parte de la Administración Pública³⁴⁹. Así es que quedan relevadas de tal obligación todas las personas físicas y jurídicas prestadoras de servicios públicos o autorizadas para ejercer potestades administrativas³⁵⁰. El efecto inmediato de esa restricción es que si existen sospechas de la práctica de actos de corrupción en cualquiera de esas entidades, el ciudadano no podrá ejercer el control directo de las informaciones, teniendo que pedir las a la Administración, lo que parece contrariar el objetivo fundamental de la ley.

En consideración a la naturaleza y envergadura de las actividades desarrolladas y no la persona que las ejecuta, la Ley de Transparencia de Argentina no establece una restricción de ese tipo. Por el contrario, impone a cada una de ellas el deber de suministrar información, previo requerimiento de los interesados, en la medida que

³⁴⁸ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 17: Solicitud de acceso a la información. (...) Cuando se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

³⁴⁹ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 10: Do Pedido de Acesso: Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³⁵⁰ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 1º (...) Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei: I- os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; II- as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

todas ellas están bajo el ámbito de incidencia de la ley³⁵¹. Estas son consideradas como sujeto obligado o requerido para fines del cumplimiento del deber de publicidad³⁵².

También esa ha sido la solución adoptada por la recién aprobada ley de transparencia de Colombia, que impone a los concesionarios y permisionarios de servicios público el deber de suministrar información relacionada con la prestación del servicio. Esta medida de control ciudadano tiene su origen en la enorme cantidad de irregularidades con estos actores en las últimas décadas, en las que la realidad colombiana se ha visto salpicada de innumerables casos de corrupción que sólo hasta ahora se están comenzando a investigar³⁵³.

4.3 Forma de presentación de la solicitud de información

Ordinariamente, la solicitud de acceso a la información puede presentarse por cualquier medio legítimo, escrito u oral, físico o electrónico, directamente o por medio de abogado, personalmente o por teléfono³⁵⁴. Se puede apreciar, de este modo, la

³⁵¹ ARGENTINA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 2º: Ámbito de aplicación: El presente Reglamento General es de aplicación en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. Las disposiciones del presente son aplicables asimismo a las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, así como a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional a través de sus jurisdicciones o entidades y a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público. ARGENTINA. Decreto n° 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA. Disponible en: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

³⁵² ARGENTINA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 8º: Publicidad: Se presume pública toda información producida u obtenida por o para los sujetos mencionados en el artículo 2º. *Ibidem*.

³⁵³ ARTÍCULO 5: Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a: (...) c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público; d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica que desempeñe función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función; (...) COLOMBIA. n°1712. Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información. 6 mar. 2014. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%20DE%202014.pdf>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁵⁴ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 10: Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. BRASIL. Ley n° 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

pluralidad de canales existente entre el ciudadano y la Administración Pública, éstos representan todo un abanico de posibilidades de potenciar el control de los actos oficiales. Esa misma pluralidad de formas de solicitar información se verifica en las normas de transparencia de muchos países como España³⁵⁵, Chile³⁵⁶, y Colombia³⁵⁷.

El decreto que reglamenta la ley brasileña establece que la solicitud de acceso deberá mencionar la identidad del requirente, la especificación de la información deseada y la dirección física o electrónica del interesado, a través de la cual podrá ser notificado y recibir la información solicitada³⁵⁸. Todas estas exigencias son, por lo general, las mismas que consignan las leyes de otros países como España³⁵⁹, Chile³⁶⁰, y Argentina³⁶¹.

³⁵⁵ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 17: Solicitud de acceso a la información. 2). La solicitud podrá presentarse por cualquier medio (...) ESPAÑA. Ley nº19/2013. Ley de transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso em: 6 mayo 2014.

³⁵⁶ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 12: La solicitud de acceso a la información será formulada por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener: (...) CHILE. Ley nº 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

³⁵⁷ COLOMBIA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 25: Solicitud de acceso a la Información Pública. Es aquella que, de forma oral o escrita, incluida la vía electrónica, puede hacer cualquier persona para acceder a la información pública. COLOMBIA. nº1712. Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la información. 6 mar. 2014. Disponible en: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%2006%202014.pdf>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁵⁸ BRASIL. Decrcte Nº 7.724, mayo 16 de 2012. Que regulamenta la ley de transparência de Brasil. Art. 12: O pedido de acesso à informação deverá conter: I - nome do requerente; II - número de documento de identificação válido; III - especificação, de forma clara e precisa, da informação requerida; e IV - endereço físico ou eletrônico do requerente, para recebimento de comunicações ou da informação requerida. BRASIL. Decreto nº7.724. Regulamenta a lei de acesso à informação. 16 mayo 2014. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁵⁹ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 17: Solicitud de acceso a la información. 2. La solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de: a) La identidad del solicitante. b) La información que se solicita. c) Una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones. d) En su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso em: 6 mayo 2014.

³⁶⁰ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 12: La solicitud de acceso a la información será formulada por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener: a) Nombre, apellidos y dirección del

Si se examinan con atención cada una de estas leyes, se puede observar que ninguna de ellas admite la presentación de una solicitud de acceso de forma anónima, aunque la solicitud tenga como objetivo iniciar una investigación relacionada con un supuesto caso de corrupción acontecido en la Administración Pública. En este punto particular, tales leyes van en contra la recomendación prevista en la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública, que sí admite la presentación de una petición anónimamente³⁶².

Las leyes de muchos Estados adoptan una solución restrictiva al respecto cuando prevén que la presentación de una solicitud sin identificación del solicitante autorizan a la entidad pública requerida a desatender la petición. Aunque se concede un plazo para subsanar la omisión. Tal ha sido la solución planteada por las normas de transparencia de España³⁶³, y de Chile³⁶⁴.

solicitante y de su apoderado, en su caso. b) Identificación clara de la información que se requiere. c) Firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado. d) Órgano administrativo al que se dirige.

Si la solicitud no reúne los requisitos señalados en el inciso anterior, se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición. El peticionario podrá expresar en la solicitud, su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada. (...)CHILE. Ley n° 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>.

³⁶¹ ARGENTINA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 11: Solicitud de información- Requisitos. La solicitud de información debe ser realizada por escrito, con la identificación del requirente, sin estar sujeta a ninguna otra formalidad. ARGENTINA. Decreto n° 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA. Disponible en: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

³⁶² OEA. Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública. Derecho de acceso a la información: 5. Toda persona que solicite información a cualquier autoridad pública que esté comprendida por la presente ley tendrá los siguientes derechos, sujetos únicamente a las disposiciones del capítulo IV de esta ley: (...) e) a solicitar información sin tener que justificar las razones por las cuales se solicita la información; OEA - Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁶³ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 19: Tramitación. 2). Cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información, se pedirá al solicitante que la concrete en un plazo de diez días, con indicación de que, en caso de no hacerlo, se le tendrá por desistido, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución. ESPAÑA. Ley n°19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

Bastante crítico con esta solución se ha mostrado Fernández Ramos, quien observa que hay casos donde la exigencia de identificación puede funcionar como un obstáculo al derecho de acceso de los ciudadanos, cuando en realidad la propia Administración Pública no ha cumplido su deber de transparencia activa³⁶⁵. Sobre el particular, el autor echa mano de los informes de la Oficina Antifraude de Cataluña: Existen supuestos en los que puede resultar razonable que no sea necesario identificarse. Sería el caso de, por ejemplo, información pública que -contraviniendo el mandato de transparencia activa- no ha sido liberada por las autoridades para ponerla a disposición del público en general. Esto no sería aplicable en aquellos supuestos en los que la identificación, que inicialmente no era exigible, pase a serlo a consecuencia, precisamente, de un incumplimiento atribuible a la propia Administración.

Entrando ya en el terreno de las “motivaciones”, se puede observar que la mayoría de las normas comparadas que se analizan adoptan una solución uniforme al respecto. Así, la ley brasileña no establece como requisito de la solicitud de acceso la exposición de los motivos que la originan³⁶⁶. La misma previsión puede encontrarse en las normas de Chile³⁶⁷, Argentina³⁶⁸, Colombia³⁶⁹, y España³⁷⁰. La excepción clara sería la Ley de

³⁶⁴ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 12: La solicitud de acceso a la información será formulada por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener: (...) Si la solicitud no reúne los requisitos señalados en el inciso anterior, se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición. (...) CHILE. Ley n° 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>. Acceso en: 9 jun. 2014.

³⁶⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José María. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. *Op.cit.* p. 213-217.

³⁶⁶ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 10. (...) § 3° São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público. BRASIL. Ley n° 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³⁶⁷ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 11: El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios: (...) g) Principio de la no discriminación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud. CHILE. Ley n° 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>. Acceso en: 9 jun. 2014.

³⁶⁸ ARGENTINA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 11: Requisitos: La solicitud de información debe ser realizada por escrito, con la identificación del requirente, sin estar sujeta a ninguna otra formalidad. No puede exigirse la manifestación del propósito de la requisitoria. ARGENTINA. Decreto n° 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA. Disponible en: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

Transparencia de Ecuador que sí exige la enumeración de los motivos como requisito para el ejercicio del derecho de acceso³⁷¹. Ello va en contravía de las recomendaciones hechas por la Ley Modelo Interamericana a los países de la zona³⁷².

El hecho de exigir una relación de los motivos de la solicitud puede servir de obstáculo para el reconocimiento del derecho de acceso a la información, ya que el funcionario de turno puede no estar de acuerdo con las razones manifestadas, o utilizar este supuesto desacuerdo como pretexto para negarse a facilitar los datos requeridos. En suma, se trata de una exigencia incompatible con una ley cuyo objetivo es fomentar la participación ciudadana y perfeccionar los instrumentos de lucha contra la corrupción.

4.4 Causas de inadmisión de la solicitud

Al igual que los otros derechos individuales o colectivos, el *derecho de acceso a la información pública* no puede considerarse en términos absolutos; existen situaciones

³⁶⁹ COLOMBIA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 25: Solicitud de acceso a la Información Pública. Es aquella que, de forma oral o escrita, incluida la vía electrónica, puede hacer cualquier persona para acceder a la información pública.

Parágrafo: En ningún caso podrán ser rechazadas la petición por motivos de fundamentación inadecuada o incompleta. COLOMBIA. n°1712. Ley de Transparencia y del derecho de acceso a la información. , 6 mar. 2014. Disponible en: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%20DE%202014.pdf>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁷⁰ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 17: Solicitud de acceso a la información (...) 3). El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud. (...)

³⁷¹ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO. 19: De la Solicitud y sus Requisitos. El interesado a acceder a la información pública que reposa, manejan o producen las personas jurídicas de derecho público y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, deberá hacerlo mediante solicitud escrita ante el titular de la institución. En dicha solicitud deberá constar en forma clara la identificación del solicitante y la ubicación de los datos o temas motivo de la solicitud, la cual será contestada en el plazo señalado en el artículo 9 de esta Ley. ECUADOR. n° 24. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP). 18 mayo 2004. Disponible en: <<http://www.ecuadorestrategicoep.gob.ec/ley-transparencia>>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁷² OEA. Ley Modelo Interamericana. Derecho de acceso a la información. 5). Toda persona que solicite información a cualquier autoridad pública que esté comprendida por la presente ley tendrá los siguientes derechos, sujetos únicamente a las disposiciones del capítulo IV de esta ley: (...) d) a realizar solicitudes de información en forma anónima; OEA. Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Texto. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 8 jun. 2014.

que justifican las restricciones establecidas por el ordenamiento, básicamente aquellas en las que el interés público se centra en proteger otros bienes jurídicos que representan mayor relevancia social en un momento determinado. Teniendo en cuenta esa realidad las leyes de transparencia de varios países prevén las llamadas “causas de inadmisión” de la solicitud de acceso. En estas hipótesis la no tramitación de la petición se justifica desde la perspectiva del buen funcionamiento de la Administración Pública.

El análisis de las normas de transparencia de la Comunidad Foral de Navarra, y de países como Brasil, Chile o España nos permite identificar las situaciones que conllevan la inadmisión de la solicitud de acceso a la información pública. La primera de esas situaciones es la presentación de un pedido genérico, entendiéndose como tal aquél donde el solicitante no ha sido capaz de especificar la información requerida o de identificar de forma precisa el documento solicitado³⁷³. Se trata de una causa prevista en el derecho brasileño, pero que debe ser interpretada con sumo cuidado, ya que, por lo general, las personas no comprenden el funcionamiento de la Administración. En esos casos, los solicitantes pueden no conocer el nombre que se atribuye a los informes, documentos y otros escritos que obren bajo el poder de los sujetos obligados. Este desconocimiento puede convertirse en un problema a la hora de identificarlos en el pedido de acceso. De esta falta de especificación viene la calificación de “genérico” que es causal de inadmisión.

Consciente de esa dificultad, el Convenio N° 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos establece que en estos casos “la autoridad pública ayudará al peticionario, tanto como razonablemente sea posible, a identificar el documento oficial solicitado”³⁷⁴. Se trata de una previsión del derecho europeo que también puede aplicarse a otros ordenamientos, pues ella refleja un principio general del Derecho.

³⁷³ BRASIL. Decreto que reglamenta la ley de transparencia. Art. 13: Não serão atendidos pedidos de acesso à informação: I - genéricos; BRASIL. Decreto nº7.724. Regulamenta a lei de acesso à informação, 16 mayo 2014. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm>. Acceso en: 8 junio 2014.

³⁷⁴ CONSEJO DE EUROPA. Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. Disponible en: <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convention_on_Access_to_Official_Documents_CofE_es.pdf>. Acceso en: 2 mayo 2014.

La segunda causa de inadmisión prevista en el derecho brasileño se refiere a las solicitudes irrazonables o desproporcionadas³⁷⁵. Estos dos conceptos adolecen de una fuerte carga de indeterminación, y eso hace que ellos puedan generar dificultades a la hora de identificar cuáles solicitudes serán admitidas a trámite por la Administración. Sin embargo, si la ley no define lo que es “irrazonable” ni “desproporcionado”, será labor del funcionario de turno decidir lo que debe ser admitido o no. Solución que no se ofrece como la más compatible con el espíritu de la ley. Esta consideración hace que dicha causa de inadmisión también deba ser interpretada y esgrimida con cautela, de otro modo, sería una espita abierta para la sistemática frustración del control ciudadano de los actos oficiales.

La tercera causa de inadmisión se refiere a las situaciones en las cuales para conceder la información el órgano o entidad pública debe elaborar, analizar, interpretar o consolidar previamente los datos que serán suministrados al ciudadano. Se trata de una limitación que también ha sido prevista en la Ley de Transparencia de España³⁷⁶. Y hay que decir que ella ha recibido muchas críticas por debilitar la efectividad de las medidas de lucha contra la corrupción. La rutina administrativa y la congestión de trámites de los órganos y entidades públicas puede llevar a que muchos funcionarios nieguen el derecho de acceso de los ciudadanos bajo el fundamento de que la información que solicitan requiere de reelaboración, análisis o consolidación previa; lo que les autorizaría a no conceder los datos requeridos. En caso de no que esta causa de inadmisión no sea interpretada de manera restrictiva, ella puede llegar a convertirse en la regla. Es por esta razón que no toda actividad previa de organización de la información puede ser considerada reelaboración o consolidación a cargo del funcionario, de lo contrario, ante la concurrencia de las más simples gestiones previas, éste quedaría autorizado a negar el derecho de acceso.

³⁷⁵ BRASIL. Decreto que reglamenta la ley de transparencia. Art. 13: Não serão atendidos pedidos de acesso à informação: II - Desproporcionais ou desarrazoados; BRASIL. Decreto nº7.724. Regulamenta a lei de acesso à informação. , 16 mayo 2014. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm>. Acceso en: 8 jun. 2014.

³⁷⁶ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 18: Causas de inadmisión. 1). Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

Otra causa de no aceptación de la petición a que se refiere la ley española consiste en la información que esté en curso de elaboración o de publicación, considerada información no definitiva o incompleta y, por lo tanto, incapaz de reflejar una toma de posición de la Administración Pública³⁷⁷. En esencia, se trata de documentos o datos sobre los cuales los órganos y entidades públicas siguen trabajando, y sobre los cuales “no se ha emitido todavía ningún informe o aprobación”³⁷⁸.

También está prevista como causa de inadmisión el que la información solicitada tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos, o la intercambiada entre órganos o entidades administrativas. Esta causa de denegación de información es mencionada expresamente en la Ley de Transparencia española³⁷⁹. Las numerosas críticas de las que ha sido objeto tienen que ver con una cuestión fundamental: ninguna norma ha definido lo que es “información auxiliar o de apoyo” para los fines de la restricción. Esta carencia de definición puede llegar a convertirse en una cortapisa para el reconocimiento del derecho de acceso en los casos particulares³⁸⁰. En un intento por disminuir la amplia discrecionalidad administrativa del funcionario a la hora de calificar determinada información como “auxiliar o de apoyo”, Concepción Barrero defiende que esa expresión debe ser interpretada de forma que únicamente comprenda “la

³⁷⁷ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 18: Causas de inadmisión. 1). Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

³⁷⁸ NAVARRA. Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de la Comunidad de Navarra. ARTÍCULO 28: Causas de inadmisión de las solicitudes. Se acordará motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes cuando: e) Se refieran a documentación preparatoria, material en curso de elaboración o documentos o datos inconclusos y que no formen parte del expediente administrativo. Por datos inconclusos se entenderán aquéllos sobre los que la Administración Pública esté todavía trabajando internamente y no se haya emitido ningún dictamen, informe o aprobación. NAVARRA. Ley nº 11/2012. LEY FORAL DE LA TRANSPARENCIA Y DEL GOBIERNO ABIERTO. 28 jun. 2012. Disponible en: <<http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=26314>>. Acceso en: 9 jun. 2014.

³⁷⁹ ESPAÑA. Ley de transparencia. ARTÍCULO 18: Causas de inadmisión. 1. Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: b) Referidas 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. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

³⁸⁰ BARRERO, Concepción. **Transparencia: Ámbito Subjetivo**. En GUICHOT, Emilio (Coord.) et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. 1ª ed. Madrid: Tecnos. 2014. p. 205-211.

información que no forma parte de un expediente administrativo”³⁸¹. Esta es la vía por la que opta la Ley de Transparencia y Gobierno Abierto de la Comunidad de Navarra.

Por último, la solicitud de acceso tampoco será admitida cuando se trate de una petición manifiestamente repetitiva o cuando sea abusiva³⁸². Pero, al igual que con las otras causas de inadmisión revisadas arriba, también en ésta se exigen grandes dosis de cautela. Y es que con ella nos barajamos entre conceptos jurídicos indeterminados como son “manifiestamente repetitivo” y “carácter abusivo de la solicitud”. Dependiendo del sentido y alcance que el funcionario les otorgue, ellos pueden convertirse en la disculpa para negar un derecho, desestimando el requerimiento del interesado.

Para evitar que la posible arbitrariedad administrativa del funcionario de turno frustre la aplicación de la ley en cuanto a la investigación de casos de corrupción, el grupo parlamentario socialista de España propuso una interpretación auténtica de la norma³⁸³. Así, se considera “abuso del derecho” la «presentación de solicitudes de información en gran cantidad, por una o varias personas actuando concertadamente, con el propósito de alterar el buen funcionamiento de la Administración».

4.5 Tramitación de la solicitud de acceso

Una vez presentada la solicitud de acceso puede ocurrir que el órgano o entidad requerida no disponga de la información. En ese caso, la ley de Brasil impone al sujeto obligado el deber de comunicar esa circunstancia al interesado, acompañando la respuesta de la indicación del órgano o entidad que posee la información solicitada. Esta

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 18: Causas de inadmisión. 1. Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley. *Ibidem*.

³⁸³ GUICHOT, Emilio et al. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 220-224.

medida es considerada imprescindible para que el interesado no resulte perjudicado en el ejercicio de su derecho de acceso³⁸⁴. Con el objetivo de dar efectividad al derecho, la ley también prevé que el órgano o entidad podrá reconducir la petición de información a la dependencia o ente administrativo que sea responsable de ella, comunicando esta circunstancia al solicitante. Esto también se encuentra previsto en la legislación de otros países como España³⁸⁵ y Chile³⁸⁶. Encaminar la solicitud directamente al órgano o entidad que sí tiene la obligación de suministrarla es plenamente consecuente con las recomendaciones de la CNUCC, que ha pedido a los Estados que adopten providencias para simplificar los procedimientos que garanticen el derecho de acceso³⁸⁷.

Las cuestiones relacionadas con la tramitación de la solicitud de acceso no terminan ahí. Supongamos que ella pretenda recabar información producida por un órgano o entidad pública que estuviese bajo el control de otro departamento o de otra persona jurídica. ¿Quién será el responsable de suministrar la información? La ley brasileña no enfrenta directamente la cuestión, limitándose a decir que el órgano o entidad que recibe la petición -y que posee la información- debe suministrarla al interesado³⁸⁸. Solución que

³⁸⁴ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 11. (...) § 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: III - comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação. BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la Información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

³⁸⁵ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 19: Tramitación. 1. Si la solicitud se refiere a información que no obre en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante. *Op.cit.*

³⁸⁶ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 13: En caso que el órgano de la Administración requerido no sea competente para ocuparse de la solicitud de información o no posea los documentos solicitados, enviará de inmediato la solicitud a la autoridad que deba conocerla según el ordenamiento jurídico, en la medida que ésta sea posible de individualizar, informando de ello al peticionario. Cuando no sea posible individualizar al órgano competente o si la información solicitada pertenece a múltiples organismos, el órgano requerido comunicará dichas circunstancias al solicitante. *Op.cit.*

³⁸⁷ NACIONES UNIDAS. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. ARTÍCULO 10: Información pública. Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas: a) (...); b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; (...) *Op.cit.*

³⁸⁸ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. *Op.cit.*

también se adopta en Argentina³⁸⁹. En ambos casos, queda de manifiesto la preocupación del Legislador por la posibilidad de que el derecho de acceso sea obstaculizado por la burocracia administrativa, afectando directamente la capacidad de respuesta y los plazos de la Administración.

Desde el punto de vista español, es palpable la preocupación del Legislador por la calidad de la información suministrada. La ley establece que, tratándose de información generada por un órgano o entidad diferente de aquel que ha recibido el pedido de acceso, el titular del órgano o entidad deberá encaminar el pedido a ese otro órgano o entidad que dispongan de ella o tenga la obligación de suministrarla, para que se manifieste cuanto al requerimiento del interesado³⁹⁰. Durante los debates parlamentarios que precedieron la aprobación de la ley española, hubo quien señaló que la posibilidad de envío y reenvío de solicitudes de acceso de un a otro sitio podría generar conflictos negativos de competencia entre órganos o entidades públicas. Ello redundaría directamente en la frustración del ejercicio de un derecho³⁹¹.

Independientemente de las razones que motivaron a los legisladores de cada país a la hora de adoptar un u otro modelo, el hecho concreto es que cada régimen legal promueve unos determinados valores sobre otros. Dependiendo de dónde nos situemos, el tema se puede plantear como una preferencia valorativa bien por la celeridad de la información o bien por la calidad de su contenido. Esto, traducido a términos axiológicos, evidencia una preferencia o por el valor de la eficiencia (administrativa en este caso) o por el valor de la participación (en la forma de control público de la administración). Con independencia de cuál de estos valores sea mejor defender, no se puede perder de vista que aquí se está hablando de normas muy recientes dentro de sus respectivos sistemas jurídicos. Aún es pronto para aventurarse a señalar con mediana seguridad cuál normativa es mejor o peor en esta materia, pues sus efectos hasta ahora

³⁸⁹ ARGENTINA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 12: — Respuesta. El sujeto requerido está obligado a permitir el acceso a la información en el momento que le sea solicitado o proveerla en un plazo no mayor de diez (10) días. *Op.cit.*

³⁹⁰ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 19: Tramitación. 4). Cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso. *Op.cit.*

³⁹¹ GUICHOT, Emilio et al. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. *Op.cit.* p. 218-219.

están comenzando a verse En este particular, suscribo enteramente las palabras de Concepción Barrero:

"Habrá que dejar transcurrir algo de tiempo para poder efectuar una valoración más precisa de esta norma que tiene, desde luego, la ventaja de que la información la ofrezca quien mejor la conoce y que, de otra parte, garantiza que no se van a producir pronunciamientos contradictorios respecto de unos mismos supuestos dependiendo de cuál sea el órgano que resuelva, el que la posee o el que la ha generado"³⁹².

4.6 Objeto del derecho de acceso

Las leyes más antiguas de acceso a la información pública aseguraban a los ciudadanos el derecho de acceder a los documentos que estuvieran bajo la custodia de los órganos y entidades públicas. Nada decían cuanto al acceso a las informaciones controladas por estos mismos órganos o entidades; es decir, que no se tenía en cuenta que el concepto de “documento” y el de “información” son muy diferentes³⁹³.

Las leyes más recientes sí que establecen esa diferenciación, como lo hace, por ejemplo, la Ley de Transparencia de Brasil. Esta norma atribuye al término “información” un sentido más amplio que el reconocido para la palabra “documento”. Quedan comprendidos bajo aquella denominación: todos los datos que pueden ser utilizados para producir o transmitir conocimiento, sea cual fuere el medio empleado para almacenarlos: físico, electrónico o de otra naturaleza³⁹⁴.

Así es que, desde la perspectiva del derecho brasileño, todo dato producido u obtenido por los órganos o entidades públicas es información, aunque esté consignado en papel o

³⁹² BARRERO, Concepción. **Transparencia: Ámbito Subjetivo**. *Op.cit.* p. 199-246.

³⁹³ *Ibidem.* p. 199-201.

³⁹⁴ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 4º: Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato; (...)BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. 18 nov. 2011. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acceso en: 8 mayo 2014.

en medio digital, como archivos de ordenador, películas y grabaciones de audio; independientemente de que hayan sido registrados o no en sistema de protocolo, o de que estén procesados o no por los órganos o entidades públicas.

Por su parte, el término “documento” hace referencia a una especial categoría de información que ha sido registrada y formalmente identificada por la Administración Pública³⁹⁵. Esto abarcaría informaciones escritas propias de la rutina administrativa, como oficios, memorandos, informes, procesos o actas de reunión, e informaciones grabadas en otros formatos, como pueden ser tablas y gráficos producidos o guardados por la Administración Pública u otras entidades de derecho privado, como consecuencia del ejercicio de actividades de naturaleza pública. En otras palabras -pero aún siguiendo el texto legal- se puede decir que *documento* es la unidad de registro de informaciones que "exterioriza un pensamiento humano a través de la escritura o de cualquier otro signo", y que reviste, pues, un carácter más formal que el de la *información*³⁹⁶. En resumen, todo documento contiene una información, pero no toda información está registrada en un documento, lo que no es óbice para que el ciudadano pueda acceder a su contenido por el solo hecho de que esa información no haya sido clasificada, registrada e incorporada a un documento escrito o de otra naturaleza.

Como señala Concepción Barrero refiriéndose a los términos "contenido" y "documentos" empleados por el artículo 13 de la Ley de Transparencia de España:

"Quizá la concreción de este concepto, "contenidos", en el artículo 13 LTBG pueda ofrecerse a partir de una de las características básicas y consustanciales al documento: su accesibilidad. Esto es, el documento supone la incorporación de la información a un soporte perdurable y, por definición, accesible. Desde esta base, es posible que esos "contenidos" a los que se refiere a la Ley no sean más que aquellos otros objetos que aportan una información a la que, a diferencia del

³⁹⁵ BRASIL. Ley de Transparencia. Art. 4º: Para os efeitos desta Lei, considera-se: II - documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato. *Ibidem*.

³⁹⁶ BARRERO, Concepción. **Transparencia: Ámbito Subjetivo**. *Op.cit.* p. 201-205.

documento, no es posible acceder sin su previo tratamiento por los sujetos obligados a facilitarla"³⁹⁷.

Tratándose de información que esté bajo el control de los órganos y entidades públicas, el ciudadano tendrá derecho a acceder a su contenido integralmente, observadas las restricciones legales, sin que sea relevante saber si se trata de información documentada o no.

La tendencia de ampliación del objeto del derecho de acceso también se observa en el derecho español. La Ley de Transparencia de este país garantiza a todas las personas el derecho de acceso a la información pública³⁹⁸. Esto abarca los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que estén en poder de los órganos o entidades públicas, o de las entidades privadas que reciben recursos públicos³⁹⁹.

Considero que esta determinación del objeto del derecho de acceso es más apropiada desde la perspectiva de las medidas de lucha contra la corrupción. Esta ampliación permite a los ciudadanos controlar los actos oficiales con mayor efectividad y eficacia, y reducir los espacios para las malas prácticas cometidas por funcionarios deshonestos.

Una regulación de la transparencia que sólo permitiera el derecho de acceso a los documentos que obren en poder de la Administración Pública reduciría la posibilidad de los ciudadanos de controlar de los actos oficiales, que nos sólo son aquellos que quedan comprendidos en la estrecha noción de "documento". En este orden de ideas, la utilización del término "información" para definir el objeto del derecho de acceso merece ser elogiada.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 12: Derecho de acceso a la información pública. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley. ESPAÑA. Ley nº19/2013. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

³⁹⁹ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 13: Información pública. Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. *Ibidem*.

4.7 La audiencia a terceros afectados

Es posible que la información solicitada a la Administración Pública afecte intereses jurídicos de otras personas que no participan del procedimiento, pero que aún así serán alcanzadas por la decisión que conceda el acceso. Como forma de permitir que esos actores puedan contribuir con la Administración en el momento de decidir si se concede o no el acceso a la información solicitada, la ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública prevé que el órgano o entidad requerida debe notificar al afectado antes de proporcionar la información⁴⁰⁰.

A este respecto, pueden acontecer dos tipos de situaciones. El notificado puede no manifestarse dentro del plazo concedido por la Administración, o, puede manifestar justificadamente su acuerdo o desacuerdo con la petición de la información. En caso de no oponerse a la solicitud la información podrá ser facilitada al solicitante.

Así lo regula la Ley de Transparencia de España, aunque que con ciertas salvedades⁴⁰¹. Efectivamente, tratándose de *información de carácter personal*, el silencio del afectado no autoriza a la Administración a facilitar la información, teniendo en cuenta la máxima protección que se reconoce a estos derechos en los sistemas constitucionales⁴⁰².

⁴⁰⁰ OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Notificación a terceros interesados. 26). Las terceras partes interesadas deberán ser informadas en un período de [cinco] días desde la recepción de una solicitud y se les dará un plazo de [diez] días para manifestar lo que a su derecho corresponda ante la autoridad pública que recibió la solicitud. En esta comunicación escrita el tercero interesado podrá: a). consentir al acceso de la información solicitada; o establecer las razones por las cuales la información no debería hacerse pública. OEA - Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso en: 8 jun. 2014.

⁴⁰¹ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 19: Tramitación. (...) Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. *Op.cit.*

⁴⁰² ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 15: Protección de datos personales. 1). Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por

El decreto que reglamenta la Ley de Transparencia de Brasil también exige el consentimiento del tercero interesado tratándose de información personal⁴⁰³, pero en caso de que el tercero interesado haya muerto, el consentimiento podrá ser dado por su pareja, compañero, ascendientes o descendientes⁴⁰⁴.

4.8 Respuesta a la solicitud

La respuesta constituye la última fase del procedimiento ordinario de solicitud de información. En general, las leyes de transparencia suelen establecer plazos más o menos uniformes, que varían desde los 7 días de la ley de Perú⁴⁰⁵, o los 10 días de Argentina⁴⁰⁶, hasta los 30 días de la ley de España⁴⁰⁷, o distinguiendo entre días

una norma con rango de Ley. ESPAÑA. Ley n°19/2013. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso en: 6 mayo 2014.

⁴⁰³ BRASIL. Decreto n° 7.724, reglamento de la Ley de Transparencia de Brasil. Art. 60: O pedido de acesso a informações pessoais observará os procedimentos previstos no Capítulo IV e estará condicionado à comprovação da identidade do requerente. Parágrafo único. O pedido de acesso a informações pessoais por terceiros deverá ainda estar acompanhado de: I - comprovação do consentimento expresso de que trata o inciso II do caput do art. 55, por meio de procuração; BRASIL. Decreto n°7.724. Reglamenta a lei de acesso à informação. 16 mayo 2014. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm>. Acceso en: 8 jun. 2014.

⁴⁰⁴ BRASIL. Decreto n° 7.724. Art. 55: As informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem detidas pelos órgãos e entidades: (...) II - poderão ter sua divulgação ou acesso por terceiros autorizados por previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referirem. Parágrafo único. Caso o titular das informações pessoais esteja morto ou ausente, os direitos de que trata este artigo assistem ao cônjuge ou companheiro, aos descendentes ou ascendentes, conforme o disposto no parágrafo único do art. 20 da Lei n o 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e na Lei n o 9.278, de 10 de mayo de 1996. *Ibidem*.

⁴⁰⁵ PERÚ. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 11: Procedimiento. El acceso a la información pública se sujeta al siguiente procedimiento: b) La entidad de la Administración Pública a la cual se haya presentado la solicitud de información deberá otorgarla en un plazo no mayor de siete (7) días útiles; plazo que se podrá prorrogar en forma excepcional por cinco (5) días útiles adicionales, de mediar circunstancias que hagan inusualmente difícil reunir la información solicitada. En este caso, la entidad deberá comunicar por escrito, antes del vencimiento del primer plazo, las razones por las que hará uso de tal prórroga, de no hacerlo se considera denegado el pedido. PERU. LEY N° 27.806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. , 2004. Disponible em: <http://www.peru.gob.pe/normas/docs/LEY_27806.pdf>. Acceso em: 17 jun. 2014.

⁴⁰⁶ ARGENTINA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 12: Respuesta. El sujeto requerido está obligado a permitir el acceso a la información en el momento que le sea solicitado o proveerla en un plazo no mayor de DIEZ (10) días. El plazo puede ser prorrogado en forma excepcional por otros DIEZ (10) días, de mediar circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada. *Op.cit*.

⁴⁰⁷ ESPAÑA. Ley de transparencia. ARTÍCULO 20: Resolución. 1). La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver.

laborables de los que no lo son, como establece la ley de Chile⁴⁰⁸. Brasil se encuentra dentro de esos lineamientos con su plazo de respuesta de 20 días, pudiendo ser prorrogado por otros diez, cuando existan motivos que justifiquen esa prórroga. La ley brasileña no prevé situaciones en las que se autoriza la extensión del plazo, limitándose a decir que ésta se permitirá en caso de que existan motivos para ello⁴⁰⁹. Una simple comparación de estas leyes muestra que las causas más frecuentes para aducir la prórroga son la que tienen que ver con la existencia de circunstancias que hagan difícil reunir la información, bien por su volumen o bien por su complejidad. Estos criterios deberán ser fijados como una forma de disminuir la discrecionalidad administrativa en cabeza del funcionario de turno.

Para cerrar este análisis comparativo de las normas de transparencia, quisiera referirme brevemente a los efectos jurídicos del silencio de la Administración respecto a la solicitud de acceso del ciudadano. Y es que una vez ha expirado el plazo de respuesta, el órgano o entidad podrá tomar uno de tres caminos: conceder la información, negar el acceso o permanecer en silencio; éste último evento es el que genera mayores discusiones entre los expertos. Rivero Ortega, por ejemplo explica que el reconocimiento de *efectos jurídicos al silencio* ha resultado de una necesidad del derecho administrativo, pues no se sabía qué hacer en el caso en que no se producía un acto administrativo en la práctica. Es decir, que ésta ficción del Derecho, pretende dar respuesta a los eventos en los que la Administración Pública no realizaba ninguna conducta, a pesar de existir una solicitud formal por parte de los ciudadanos⁴¹⁰.

Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante. (...) *Op.cit.*

⁴⁰⁸ CHILE. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 14: La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos del artículo 12. Este plazo podrá ser prorrogado excepcionalmente por otros diez días hábiles, cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos. *Op.cit.*

⁴⁰⁹ BRASIL. Ley de transparencia. Art. 11 (...) § 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: (...) § 2º O prazo referido no § 1o poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente. *Op.cit.*

⁴¹⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo. **Derecho Administrativo Económico**. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons. 2013. p. 112-113.

Todos los planteamientos teóricos sobre el “silencio administrativo” han resultado del afán de la doctrina por cubrir estas oquedades, pues ellas acarreaban situaciones en que una petición concreta dirigida a la Administración terminaba por convertirse en una situación de limbo jurídico. La ya clásica división del silencio administrativo entre *positivo* y *negativo* hace referencia a si los efectos de la inactividad de la Administración son tenidos por una respuesta en sentido afirmativo o, por el contrario, ésta se equipara a una respuesta denegatoria. Puestos en el ámbito específico del derecho de acceso, Emilio Guichot defiende que las leyes de transparencia deben adoptar el régimen del *silencio negativo* en esa materia, pues esta sería una forma de proteger determinados valores como la privacidad o la seguridad del Estado:

“En caso de no resolución, se establece la desestimación de la solicitud, lo que ya ha cosechado algunas críticas absolutamente inmerecidas, ya que es lo único razonable y la solución unánime en las leyes de los demás países (¿acaso estaríamos dispuestos a que se conociera por el mero transcurso del plazo para resolver nuestro historial clínico o el operativo de la Guardia Civil ante una inminente operación contra la delincuencia organizada?)”

411

Desde un punto de vista menos institucionalista, Fernández Ramos considera que el régimen del silencio negativo es altamente inconveniente, ya que permite a la Administración hacer nugatorio el derecho de acceso por su mera inacción⁴¹². La Ley de Transparencia de España adopta el modelo del silencio negativo a la hora de definir

⁴¹¹ El Proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas. En: GUICHOT, Emilio. Histórico **Opinión - ABC.es** - lunes 30 de abril de 2012. Disponible en: <<http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20120430&idn=1502732850340>>. Acceso en: 5 jun. 2014.

⁴¹² FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. El acceso a la información en el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En **Revista Aragonesa de Administración Pública**, n. XIV, [S.d.]. Disponible en: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Ar eas/03_Revista_Aragonesa_Formacion/09%20Severiano%20Fernandez.pdf>. Acceso en: 8 jun. 2014. p. 233-298.

las consecuencias de la inercia administrativa⁴¹³. Esto quiere decir que si el órgano o entidad pública no se manifiestan dentro del plazo legalmente establecido, se entenderá que el solicitante no podrá acceder a la información requerida.

Por su parte, la Ley de Transparencia de Brasil, no ha reglamentado los efectos del silencio de la Administración respecto al pedido de acceso. Y tampoco lo hizo el decreto que desarrolló dicha ley, ni en la norma de reenvío destinada a subsanar las omisiones en esa materia. Así es que, en Brasil, la falta de contestación de la Administración no presenta solución legal, cumpliendo a la doctrina y a la jurisprudencia la tarea de ofrecer respuestas a estos problemas, sobre todo cuando estén relacionados con las medidas anticorrupción. En ese caso habría que recurrir a la doctrina general de los actos administrativos que sea imperante en el país.

Analizados a la luz del derecho comparado todos estos, que considero los aspectos más importantes de la normativa brasileña de transparencia, se puede sostener que, a pesar de que la ley haya supuesto un avance significativo en términos de lucha contra la corrupción, aún quedan varios temas por mejorar en el diseño de la norma vigente con respecto tanto a las recomendaciones de los organismos internacionales como respecto de las demás normativas de transparencia de los distintos países que han sido examinados en este escrito. La cuestión aquí, tratándose de una ley tan reciente, es saber si algunas de estas deficiencias pueden ser subsanadas a partir de la interpretación jurídica; tema que se muestra particularmente complicado, en la medida en que es la propia Administración la que se encargaría de dicha operación interpretativa que, en caso de resultar extensiva, impondría mayores obligaciones de acción a ella misma, exponiéndola, además, al constante control por parte de la ciudadanía. En suma, mientras no se manifieste la voluntad política mediante un cambio legislativo en el sentido profundizar aún más estas garantías democráticas, las oquedades en la regulación normativa quedan directamente vinculadas a la voluntad de la Administración de permitir que el control democrático ejercido sobre ella sea más o menos amplio.

⁴¹³ ESPAÑA. Ley de Transparencia. ARTÍCULO 20: Resolución. (...) 4). Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada. *Op.cit.*

Por otro lado, subsiste la pregunta de hasta dónde la transparencia gubernamental y el derecho de acceso pueden ser considerados como principios triunfadores en un razonamiento jurídico llevado a cabo por un juez. Y es que aún no se ha construido una doctrina jurisprudencial a partir de la cual se pueda precisar en qué situaciones éstos se consideran principios derrotados frente a otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento y que, eventualmente, puedan entrar en conflicto con ellos.

Como puede verse, en el desarrollo de la transparencia gubernamental y el derecho de acceso están involucradas las tres ramas del poder público, y no podría ser por menos, pues, en los tiempos que corren, su nivel de protección por parte del Estado nos sirve para medir la calidad democrática y participativa de los sistemas constitucionales.

CONCLUSIONES

El objetivo principal de este trabajo ha sido revisar los desafíos a los cuales se enfrentan la *transparencia gubernamental* y el *derecho de acceso a la información pública* -entendidos como herramientas anticorrupción- en el marco de la recién aprobada ley brasileña sobre el tema. Esta revisión fue llevada a cabo mediante una disección de los aspectos más relevantes de la norma, y su confrontación con el tratamiento que les dan otras leyes y documentos internacionales que también los regulan.

El análisis comparativo precedente tuvo como propósito identificar las influencias que afectaron al legislador brasileño a la hora de diseñar la nueva ley, y resaltar los puntos débiles de ésta, señalando los temas en los que la normativa necesita mejorar para cumplir efectivamente su papel en la lucha contra la corrupción. Así es que, tras examinar las leyes de Argentina, Chile, Colombia y España y documentos internacionales como la Ley Interamericana de Acceso a la Información Pública o la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, concluyo que la ley brasileña debería afrontar algunas modificaciones que consigno a continuación:

1). Inicialmente, considero que la ley brasileña debería ser reformada con miras a incluir dentro de los sujetos obligados a la transparencia gubernamental a los *concesionarios* y *permisionarios de servicios públicos*. Estas personas jurídicas quedan excluidas de este deber en la normativa actual y, sin embargo, son particularmente proclives a ser el escenario de múltiples actos corruptos, principalmente durante la ejecución y la prórroga de los contratos administrativos relacionados con sus actividades.

La inclusión de estos actores en el catálogo de sujetos obligados resuelve una incoherencia de la ley en el tema de la prestación de servicios públicos. Y es que cuando esas actividades son directamente desempeñadas por el Estado, éste está obligado al deber de transparencia, mientras que si quien presta el servicio es un concesionario privado, tal deber desaparece. Esta incoherencia es producto de un diseño normativo defectuoso en el que se pone el acento en la naturaleza jurídica del agente prestador de servicios y no en la naturaleza de la actividad desarrollada.

También desde la perspectiva de los elementos subjetivos, creo que la ley debería modificarse para incluir entre los sujetos obligados a la publicidad activa de sus agendas de reuniones a los *responsables políticos del Estado*, como los parlamentarios, el jefe del Poder Ejecutivo y sus auxiliares directos (Ministros y Secretarios de Gobierno). Esta medida de tipo preventivo permitiría a los ciudadanos conocer a qué influencias se han

visto sometidos sus representantes antes de decidir ciertas cuestiones de interés general en las que se afecta el patrimonio público.

2) Defiendo, entonces, que el texto legal, a pesar de su novedad, debería someterse a cambios que faculden a la ciudadanía para acompañar la ejecución de los *convenios y contratos firmados por el Estado*, en especial los que tengan que ver con las obras públicas. La razón es que los actos de corrupción cometidos durante la fase de ejecución son, por lo general, descubiertos sólo hasta años después, cuando la sanción a los responsables ya ha perdido (por distintas razones jurídicas o fácticas como prescripción o la muerte) su capacidad de reparación social del daño y de recuperación de los recursos desviados.

3) En cuanto a las medidas de control, sostengo que el órgano responsable de la transparencia gubernamental en Brasil: la *Contraloría General de la Unión*, debería ser considerada un ente independiente con respecto de los poderes del Estado y de las influencias políticas que se predicen de éstos. Juzgo positivo el otorgarle mayor autonomía administrativa y financiera, y que el Contralor sea nombrado por el Presidente de la República -tras previa manifestación favorable del Senado- para un mandato de cuatro años, durante los cuales sólo podría ser cesado por decisión del Senado, o en el caso de una sentencia judicial firme. Sentencia dictada por las vías ordinarias de juzgamiento, puesto que el titular de un órgano como éste no debe ostentar el status de aforado.

4) Respecto al derecho de acceso, considero que la ley debería tener en cuenta como *legitimados para presentar solicitudes de información a todos los órganos dedicados a la lucha contra la corrupción*, como serían las Comisiones del Parlamento y el Tribunal de Cuentas, el Ministerio Público, la Policía, la Contraloría y la Abogacía Pública. Aunque esta conclusión ya se podría extraer por interpretación del ordenamiento jurídico brasileño, creo que ella debería estar más clara para evitar que la posibilidad se baraje entre diversas visiones interpretativas, que respondan a intereses poco claros.

5) En cuanto al sujeto pasivo del derecho de acceso, la modificación de la ley que propongo se refiere a la inclusión en el catálogo de los obligados a las *entidades privadas sin fines de lucro que manejan recursos públicos*. Según la ley en vigor, tales actores están obligados únicamente al deber de transparencia activa, y esto no es suficiente para poder comprobar la forma en la que se están gastando los dineros públicos en el sector privado.

6) Siguiendo con las personas jurídicas de derecho privado, también considero incomprensible la exclusión que hace la ley en cuanto a las *entidades privadas con reparto de utilidades que reciben dinero público*. Estas personas jurídicas no están obligadas a la transparencia activa ni deben garantizar el derecho de acceso a la información a los ciudadanos, lo que permite la desviación de recursos estatales a donde la sociedad no pueda ejercer un control sobre ellos, y por consiguiente, no pueda saber cómo fueron utilizados.

Mantengo que la ley debe sufrir modificaciones en el sentido de obligar también a esas entidades a garantizar el derecho de acceso. La justificación de este eventual cambio radica en que se ha de diseñar la norma teniendo en cuenta la naturaleza de los recursos recibidos y no la calidad del sujeto que los gestiona. Una discriminación de naturaleza subjetiva no es compatible con una ley que busca fomentar el control ciudadano sobre el patrimonio público, como principal objeto de los actos de corruptos.

7) Por último, y aún respecto del derecho de acceso, defiendo que la ley brasileña debería mencionar de manera expresa los *efectos del silencio de la Administración Pública* en el caso de las solicitudes de información presentadas por los ciudadanos. La omisión de este tema en la normativa de transparencia puede dar lugar a problemas para todos aquellos que trabajan a diario en la materia, tanto la Administración como los ciudadanos interesados.

A mi juicio, mientras estos cambios no sean llevados a cabo, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información de Brasil se enfrentará a graves desafíos que pueden dar al traste con la función democrática de lucha contra la corrupción que le ha sido asignada. Estas dificultades demandarán un gran esfuerzo de los operadores jurídicos encargados de la interpretación en esta materia, con miras a que la normativa cumpla con sus objetivos. ¿Pero hasta qué punto los intérpretes pueden subsanar las omisiones legales? ¿Hasta dónde es legítimo que la filigrana hermenéutica -administrativa o judicial en su caso- trate de cubrir aquellos aspectos que por falta de voluntad política no quedaron incluidos en la norma?

Estos límites se irán determinando con el transcurso de la dinámica administrativa y jurisprudencial brasileña. Entre tanto, mientras la Ley no sufra ninguna modificación, sólo queda confiar en que en los casos concretos, los operadores jurídicos compongan sus soluciones de acuerdo con los principios consagrados en la Constitución. Esto quiere decir, teniendo como derrotero la protección del patrimonio público mediante la promoción de la *transparencia como principio operativo del Estado* y el *derecho de*

acceso a la información radicado en cabeza de los ciudadanos, entendido como un *requisito insustituible para el funcionamiento del sistema democrático* en Brasil.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALFARO, Luis Humberto Contreras. **Corrupción y principio de oportunidad: alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional**. 1^a ed. Salamanca: Ratio Legis, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte especial : dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos Políticos da Historia do Brasil**. Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, 1996. v. 7. Disponível em: <<http://www.cebela.org.br/TextosPolíticos/TextosPolíticos.htm>>. Acesso em: 8 maio 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA JUNIOR, Paulo José Da. **Comentários ao Código Penal; Parte Especial**. Sao Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2007.

DIEZ-PICAZO, Luis María. **La criminalidad de los gobernantes**. 1. ed. Barcelona: Critica, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, [S.d.].

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Org.). **La corrupción : aspectos jurídicos y económicos**. Salamanca: Ratio Legis, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação**. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. **El derecho de acceso a los documentos administrativos**. 1^a ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José Maria. **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno- Ley 19/2013 de 9 de diciembre**. 1^a ed. Navarra: Thomson Reuters- Arazandi, 2014.

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto; CARBONELL, Miguel, Vázquez, Rodolfo. **Poder, derecho y corrupción**. México: Instituto Federal Electoral Instituto Tecnológico Autónomo de México Siglo Veintiuno, 2003.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GIL VILLA, Fernando. **La Cultura de la Corrupción**. 1. ed. Madrid: Maia Ediciones, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquemático**. Sao Paulo: Saraiva, 2011.
- GUICHOT, Emilio *et al.* **Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**. 1^a. ed. Madrid: Tecnos, 2014.
- HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código penal (Dec.-lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9.
- JESUS, Damasio Evangelista De. **Direito Penal Vol. 4 - Parte Especial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.
- LOPES, José Mouraz. **O espectro da corrupção**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- LOPES SILVA, Lucilia; TORRES, Alcidio. **O Combate contra a Corrupção e pela Promoção da Ética em Portugal e no Brasil**. 1. ed. Portugal: Chiado /Bookess, 2013.
- LOPEZ GUERRA, Luís (Org.). **Derecho constitucional**. 9a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- LOSTAL, Salvador Soto. **El derecho de acceso a la información**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009.
- NYE, J.S. **Corruption and Political development:A cost - benefit analysis**, *American Political Science Review*. [S.l: s.n.], 1967. v. 61.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.
- POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. **El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos**. Madrid: Instituto Nacional de La Administración Pública, 1989.
- RIBEIRO JR., Amaury. **A Privataria Tucana - Col. História Agora**. 1. ed. São Paulo: Geração, 2011.
- RÍOS, Luis Fernández. **Psicología de la corrupción y de los corruptos**. Santiago de Compostela: Grupo Editorial Universitario, 1999.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. **Derecho Administrativo Económico**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. **Corrupción y contratos públicos**: las respuestas europea y latinoamericana, in *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Salamanca: Ratio Legis. 2004.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma**. 1a. ed. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001. (Sociología y política).

SANDOVAL, Irma Eréndira (Org.). **Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre estado, mercado y sociedad**. [S.l.]: Siglo XXI, 2009. Disponível em: <http://books.google.es/books?id=gW7hUGWttzAC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=%22economia+politica+de+las+raices+de+la+corrupcion%22+susan&source=bl&ots=hZpOA5t_DG&sig=Be30VEy5ePujB_Y7eJI2S06n_YA&hl=pt-BR&sa=X&ei=QLiNU7_uGqX00gXL5YGQDw&ved=0CF8Q6AEwBg#v=onepage&q=%22economia%20politica%20de%20las%20raices%20de%20la%20corrupcion%22%20susan&f=false>. Acesso em: 3 jun. 2014.

VEIGA, Alexandre Brandao Da. **Acesso à Informação da Administração Pública pelos Particulares**. Coimbra: Almedina, 2007.

VERRILLI, Antonio; SOLENNE, Diego. **Diritto Costituzionale**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2013.

ZAMORA, Miguel Agudo *et al.* **Manual de Derecho Constitucional**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

ARTÍCULOS Y REVISTAS

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 81, 2009.

BOEHM, Frédéric; LAMBSDORFF, Johann Graf. Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional. **Revista de economía institucional**, v. 11, n. 21, p. 45–72, 2009. Acesso em: 17 mar. 2014.

BUSTOS GISBERT, Rafael. Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario. **Teoría y realidad constitucional**, n. 19, p. 135–161, 2007. Acesso en: 8 mayo 2014.

BUSTOS GISBERT, Rafael. CORRUPCIÓN POLÍTICA: UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA Y LA REALIDAD CONSTITUCIONAL. **Teoría y realidad constitucional**, n. 25, p. 69–109, 2010. Acesso en: 8 maio 2014.

CARBÓ, Eduardo Posada. Corrupción y democracia: la rebelión del ciudadano indignado. **Claves de razón práctica**, n. 45, p. 16–23, 1994. Acesso em: 12 mar. 2014.

CASTRO, Fabiano De. **A corrupção no orçamento: fraudes em licitações e contratos com o emprego de empresas inidôneas**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053588.PDF>>. Acesso en: 1 mar. 2014.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO. **Revista Aragonesa de Administración Pública**, n. XIV, [S.d.]. Disponible em: <http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Areas/03_Revista_Aragonesa_Formacion/09%20Severiano%20Fernandez.pdf>. Acceso em: 8 jun. 2014.

GUICHOT, Emilio. Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América. **Derecho Comparado de la Información**, n. 19, p. 136–188, 2012. Acceso em: 9 jun. 2014.

JIMÉNEZ, Fernando. ¿Se puede prevenir la corrupción? **Claves de razón práctica**, n. 213, p. 8–15, 2011. Acceso em: 17 mar. 2014.

JIMÉNEZ, Fernando; CARBONA, Vicente. “**Esto funciona así**”: Anatomía de la corrupción en España | **Letras Libres**. Disponible em: <<http://www.letraslibres.com/revista/dossier/esto-funciona-asi-anatomia-de-la-corrupcion-en-espana>>. Acceso em: 17 mar. 2014.

LÓPEZ, Fernando Rodríguez. Introducción al análisis económico de la corrupción. p. 21–26, 2000. Acceso em: 17 mar. 2014.

PATINO, María Victoria Muriel. Economía, corrupción y desarrollo. p. 27–32, 2000. Acceso em: 16 mar. 2014.

PAGINAS WEB Y PERIÓDICOS

ABC. **El paro sigue siendo el primer problema para los españoles, con un 80,8 por ciento**. Disponible em: <<http://www.abc.es/espana/20140604/abci-barometro-mayo-201406041140.html>>. Acceso em: 12 jun. 2014.

ACCESS INFO. **Principios de la Unión Europea sobre acceso a documentos del Parlamento, Consejo y Comisión**. Disponible em: <<http://www.access-info.org/es/union-europea/141-principios-de-acceso-a-documentos-en-la-ue>>. Acceso em: 8 jun. 2014.

BURGOS, Gabriela Calderon De. **Corrupción, administración deficiente y abuso de poder en la Venezuela de Hugo Chávez**. Disponible em: <<http://www.elcato.org/corrupcion-administracion-deficiente-y-abuso-de-poder-en-la-venezuela-de-hugo-chavez>>. Acceso em: 12 mar. 2014.

CGU. **Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios**. Disponible em: <<http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2010/noticia08510.asp>>. Acceso em: 31 maio 2014a.

CGU - **Controladoria-Geral da União**. Disponible em: <<http://www.cgu.gov.br/>>. Acceso em: 17 mar. 2014.

CGU, Controladoria Geral da União. **CGU - CGU declara inidoneidade de empresa que fraudou contratos com a Fiocruz**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2014/noticia02014.asp>>. Acesso em: 26 mar. 2014b.

CIS. **Barometro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)**. Disponível em: <<http://www.abc.es/gestordocumental/uploads/nacional/cis-mayo%281%29.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

COMISIÓN EUROPEA - OLAF - **Oficina Europea de Lucha contra el Fraude**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_es.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA DO CHILE. **Consejo de Transparencia Chile**. Disponível em: <<http://www.consejotransparencia.cl/que-es-la-transparencia-activa/consejo/2012-12-19/230022.html>>. Acesso em: 4 maio 2014.

Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. Disponível em: <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convention_on_Access_to_Official_Documents_CofE_es.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014.

Deuteronomy 22:4. Disponível em: <[http://biblia.com/bible/nvi/Deuteronomio 22.4?culture=es](http://biblia.com/bible/nvi/Deuteronomio%2022.4?culture=es)>. Acesso em: 6 mar. 2014.

DIEGO, Manuel Sanchez De. **El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. A vueltas con el Estado**. [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://sanchezdediego.blogspot.com.es/>>. Acesso em: 4 maio 2014. , 28 abr. 2014

EDICIONES, La Vanguardia. **Historia de la corrupción**. Disponível em: <<http://www.lavanguardia.com/estilos-de-vida/20120803/54331562523/historia-de-la-corrupcion.html>>. Acesso em: 8 mar. 2014.

ÉPOCA, Revista. **Como se desvia dinheiro no Brasil - ÉPOCA | Ideias**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2012/01/como-se-desvia-dinheiro-no-brasil.html>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

Europa señala el aeropuerto como símbolo del despilfarro - Levante-EMV. Disponível em: <<http://www.levante-emv.com/castello/2012/06/21/europa-senala-aeropuerto-simbolo-despilfarro/914706.html>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

Exodus 21:12. Disponível em: <[http://biblia.com/bible/nvi/Éxodo 21.12?culture=es](http://biblia.com/bible/nvi/Éxodo%2021.12?culture=es)>. Acesso em: 6 mar. 2014.

G1, Do; * Com Agências Internacionais. **Com leve alta no último trimestre, PIB da China cresce 7,8% em 2012**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/01/economia-chinesa-cresce-78-em-2012-menor-taxa-em-10-anos.html>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

Group of States against corruption (GRECO) Website. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp>. Acesso em: 16 mar. 2014.

GUICHOT, Emilio. **Histórico Opinión - ABC.es** - lunes 30 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?ff=20120430&idn=1502732850340>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

IBCCRIM - INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/rbccrim/89-/?ano_filtro=2010>. Acesso em: 16 mar. 2014.

INSS. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/instituto-nacional-do-seguro-social-inss/>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción. BOE. 12135.BOE n.182. , 28 jul. 2010, Sec. I, p. 65780. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>>.

La lucha contra la corrupción. Una perspectiva empresarial | Biblioteca Virtual RS. [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://www.bibliotecavirtual.info/2012/03/la-lucha-contra-la-corrupcion-una-perspectiva-empresarial/>>. Acesso em: 6 mar. 2014. , [S.d.]

Leviticus 20:10. Disponível em: <<http://biblia.com/bible/nvi/Levítico20.10?culture=es>>. Acesso em: 6 mar. 2014.

Los corruptos se quedan con el 25% del dinero de las contrataciones | España | EL MUNDO. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/espana/2014/02/04/52f04cfc268e3e06358b4586.html?a=ea1ae f35cf102acebba4ec4b61155319&t=1391507856>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

LOS PITUFOS. *Wikipedia, la enciclopedia libre*. [S.l: s.n.], 5 abr. 2014. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Los_Pitufos&oldid=73618710>. Acesso em: 6 abr. 2014.

Nova lei anticorrupção irá obrigar empresas com conduta ilícita a devolver dinheiro - Política - Estado de Minas. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2014/01/24/interna_politica,491178/nova-lei-anticorruptao-ira-obrigar-empresas-com-conduta-ilicita-a-devolver-dinheiro.shtml>. Acesso em: 26 mar. 2014.

OEA; OEA. *OEA - Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo*. Text. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acesso em: 1 maio 2014.

ONU. **Corrupção desvia 5% do PIB mundial | ONU Brasil**. [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-corrupcao-desvia-5-do-pib-mundial/>>. Acesso em: 26 mar. 2014. , [S.d.]

Organized Crime. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/index.html>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

PAÍS, Ediciones El. **“Lo que había que robar, ya fue robado”**. Disponível em: <http://deportes.elpais.com/deportes/2014/05/28/actualidad/1401231635_403645.html> . Acesso em: 13 jun. 2014.

Para o torcedor, Brasil-2014 vai ser a “Copa da corrupção”. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/esporte/para-o-torcedor-brasil-2014-vai-ser-a-copa-da-corrupcao>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

PLANALTO, Portal Do. **Pronunciamento da Presidenta da República, Dilma Rousseff, em cadeia nacional de rádio e TV.** Página. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/pronunciamento-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-cadeia-nacional-de-radio-e-tv>>. Acesso em: 10 maio 2014.

Quatro estádios da Copa estão à beira do abismo da falta de rentabilidade. Disponível em: <<http://esportes.terra.com.br/futebol/copa-2014/553bd54121633410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

RAE. **Diccionario de la lengua española.** Disponível em: <<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>. Acesso em: 6 mar. 2014.

RODRÍGUEZ, Mario Esteban. **Corrupción y gobernanza en China.** Disponível em: <<http://www.casaasia.es/governasia/boletin4/articulo3.html>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. A Lei de Acesso à Informação e os partidos políticos. **Gazeta do Povo**, 16 maio 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1255239>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

STF, SupremoTribunal Federal. **Autarquia.** Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStfGlossario_es_es&indice=A&verbete=201664>. Acesso em: 13 maio 2014.

Susep. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/apresentacao>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. **Indices de Percepcion.** Disponível em: <http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/Indices_IPC%C2%B4s.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

Transparencia Internacional España. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.es/>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

TRF 4º. **CEF deve responder judicialmente por defeitos em moradias do Minha Casa Minha Vida.** Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=9076>. Acesso em: 23 maio 2014.

Un presupuesto para Europa (2014-2020). Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/budget/bu0001_es.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

USP. **Caso Jorgina de Freitas | Corrupteca – Biblioteca Internacional da Corrupção. corrupteca.** [S.l: s.n.]. Disponível em:

<http://nupps.usp.br/corrupteca/?post_type=case&p=252>. Acesso em: 13 maio 2014. , [S.d.]

ZAVALA, Juan Roberto. **Revista Conocimiento 123**. Disponível em: <<http://issuu.com/revistaconocimiento/docs/123/7>>. Acesso em: 8 mar. 2014.

CONVENCIONES Y LEGISLACION

ARGENTINA. Decreto n° 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA. Disponível em: <<http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. , 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1 jun. 2014.

BRASIL. Decreto 5687. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014a.

BRASIL. n.93.872. Decreto n°93.872. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D93872.htm>. Acesso em: 25 maio 2014b.

BRASIL. Decreto- Lei n° 200. DECRETO-LEI N° 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967. , 25 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. Lei n°12.850. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal. , 2 ago. 2013 a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

BRASIL. Decreto n° 5.482. Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por Internet. , 30 jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm>. Acesso em: 31 maio 2014.

BRASIL. Lei n° 8.029. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal,. , 12 abr. 1990 a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029compilada.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. Lei n°12.846. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. , 1 ago. 2013 b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 19 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.112. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. , 11 dez. 1990 b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

BRASIL. nº2.004. LEI 2004. , 13 maio 2014 a. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm>.

BRASIL. Lei nº 10.467. Lei 10.467. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10467.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014c.

BRASIL. Lei nº12.683. Lei 12683. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014d.

BRASIL. Lei nº 8.429. Lei de Improbidade Administrativa. , 2 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 19 mar. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.(. , 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 8.666. Lei de licitação. , 21 jun. 1993. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº9.096. Lei de Partidos Politicos. , 19 set. 1995. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>.

BRASIL. *Lei nº 4898*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014e.

BRASIL. *Lei nº9605*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014f.

BRASIL. Lei nº 101. Lei Responsabilidade Fiscal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 31 maio 2014g.

BRASIL. Lei nº 12.527. Ley de Transparencia y Acceso a la información. , 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 8 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 9.478. Politica Energetica Nacional. , 1997. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>.

BRASIL. Lei nº11.977. Programa Minha Casa Minha Vida. , 7 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11977compilado.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

BRASIL. Decreto nº 4.410. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014h.

BRASIL. Decreto nº 7.724. Regulamenta a lei de acesso à informação. , 16 maio 2014 b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7724.htm>. Acesso em: 8 jun. 2014.

CHILE. Ley nº 20.285. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&idVersion=2008-08-20>>. Acesso em: 9 jun. 2014a.

CHILE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Disponível em: <http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 11 maio 2014b.

COLOMBIA. nº 1712. Ley de Transparencia y del derecho de acceso a la informacion. , 6 mar. 2014. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%20DE%202014.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2014.

CONSEJO DE EUROPA. Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. , 2009. Disponível em: <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convention_on_Access_to_Official_Documents_CofE_es.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2014.

CONSEJO DE EUROPA. CE nº 1049/2001. Reglamento relativo al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo. , 30 maio 2011. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_es.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2014.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL. In: NACIONES UNIDAS. [S.l: s.n.], 21 dez. 2013. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Convenci%C3%B3n_de_las_Naciones_Unidas_contra_la_Delinuencia_Organizada_Transnacional&oldid=68296592>. Acesso em: 17 mar. 2014.

Decreto 3.678. Decreto nº 3.678. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

ECUADOR. CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 11 maio 2014.

ECUADOR. nº 24. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP). , 18 maio 2004. Disponível em: <<http://www.ecuadorestrategicoep.gob.ec/ley-transparencia>>. Acesso em: 8 jun. 2014.

ESPAÑA. Ley Organica 10/95. Código Penal. , 23 nov. 1995. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20121228&vd=#a286>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

ESPAÑA. La Constitución española de 1978. , 1978. Disponible em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>>. Acceso em: 3 maio 2014.

ESPAÑA. Ley nº 11. Ley 11/2007, acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Disponible em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12352>>. Acceso em: 31 maio 2014a.

ESPAÑA. Ley nº19/2013. Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>>. Acceso em: 6 maio 2014b.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. , 25 jul. 1889. Disponible em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acceso em: 6 maio 2014.

EXTREMADURA. *Gobierno Abierto / Transparencia*. . [S.l: s.n.]. Disponible em: <<http://gobiernoabierto.gobex.es/transparencia/>>. Acceso em: 13 jun. 2014. , [S.d.]

NACIONES UNIDAS. *Acciones de las Naciones Unidas contra el terrorismo*. Disponible em: <<http://www.un.org/es/terrorism/instruments.shtml>>. Acceso em: 15 mar. 2014a.

NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. , 9 dez. 2003. Disponible em: <http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/33300_es.htm>. Acceso em: 16 mar. 2014.

NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible em: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>. Acceso em: 4 maio 2014b.

NAVARRA. Ley nº 11/2012. LEY FORAL DE LA TRANSPARENCIA Y DEL GOBIERNO ABIERTO. , 28 jun. 2012. Disponible em: <<http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=26314>>. Acceso em: 9 jun. 2014.

OEA. Convención Interamericana Contra La Corrupción. Disponible em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>>. Acceso em: 16 mar. 2014.

OEA. *OEA - Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo*. Disponible em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp>. Acceso em: 8 jun. 2014.

ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). , nov. 1969. Disponible em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acceso em: 6 maio 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. 95/46. Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. ,

24 out. 1995. Disponível em:

<http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/union_europea/directivas/common/pdfs/B.4-cp--Directiva-95-46-CE.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2014.

PERU. LEY N° 27.806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. , 2004. Disponível em: <http://www.peru.gob.pe/normas/docs/LEY_27806.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014.

PORTUGAL. n° 47344. Código Civil. , 25 nov. 1966. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com/download/codigocivil2010.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2014.

UE. TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. , 13 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2014.

JURISPRUDENCIA

CASE OF TÁRSASÁG A SZABADSÁGJOGOKÉRT v. HUNGARY. 37374/05). , 14 jul. 2009, Sec. The European Court of Human Rights. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22dmdocnumber%22:\[%22849278%22\],%22itemid%22:\[%22001-92171%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22dmdocnumber%22:[%22849278%22],%22itemid%22:[%22001-92171%22]}>)>. Acesso em: 5 maio 2014.

CASE OF YOUTH INITIATIVE FOR HUMAN RIGHTS v. SERBIA. , 25 jun. 2013, Sec. Second Section. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22Youth%20Initiative%20for%20Human%20Rights%20v.%20Serbia%22\],%22sort%22:\[%22appnoyear%20Descending,appnocode%20Descending%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-120955%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Youth%20Initiative%20for%20Human%20Rights%20v.%20Serbia%22],%22sort%22:[%22appnoyear%20Descending,appnocode%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-120955%22]}>)>. Acesso em: 5 maio 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. , 19 set. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>.

STF, Supremo Tribunal Federal. Ação de Inconstitucionalidade (ADI) 2.344. , 23 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1871822>>. Acesso em: 13 maio 2014.

TCU. *Acórdão Plenário Tcu- Operação pega-safado.* , n° AC-1312-17/14-P. [S.l: s.n.], [S.d.]. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight;jsessionid=43C121E647D1B75F78A1487387D76BF4?key=ACORDAO-LEGADO-120275&texto=706567612b73616661646f&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&base_s=ATO-PESSOAL;ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;PROCESSO-EXTERNO;NORMATIVOS;PORTAL-PUBLICO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;ATA-SAGAS;ATA->

PORTAL;&highlight=706567612b73616661646f&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=2>. Acesso em: 31 maio 2014a.

TCU. *TCE AC-0528-07/06-1*. . [S.l: s.n.], [S.d.]. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-55839&texto=50524f4325334135373534343231393938302a&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=4>>. Acesso em: 5 jun. 2014b.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPANA. 161. SENTENCIA 161/1988. , 20 set. 1988. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/161#complete_resolucion&completa>.