



UNIVERSIDAD DE JAÉN

**FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO
PÚBLICO**

TESIS DOCTORAL

**ESTADO DE LA TRANSPARENCIA Y
EL EMERGENTE DERECHO FUNDAMENTAL
DE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA
EN ESPAÑA**

**PRESENTADA POR:
MANUEL PALOMARES HERRERA**

**DIRIGIDA POR:
DRA. D.^a CATALINA RUIZ-RICO RUIZ**

JAÉN, 30 DE JUNIO DE 2017

ISBN 978-84-9159-092-7



SPES

MACULANTIS TENEORUM

USI PII

AMBROSIVS · LAVRENTII · DESEHS · MC · DIXIT · VTRIQVE

“Creo muchísimo en el poder de la información, es por ello que he decidido pasar la vida dedicándome a decir lo importante que es el acceso a la información, asegurando que tengamos libertad de expresión y que todo el mundo pueda acceder a ella”.

Eric Schmidt

“Creo en la política transparente y fluida como el agua, de apariencia inocua y sencilla, pero capaz de ahondar en la más dura de las rocas”.

María Eugenia Estenssoro

“Si algo planea en esta vida no crea en lo imposible, pues para la fuerza de voluntad no existen inalcanzables”.

Pío Baroja

ÍNDICE

ÍNDICE.....	- 7 -
AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA	- 11 -
ABREVIATURAS.....	- 13 -
CAPÍTULO PRELIMINAR.....	- 17 -
CAPÍTULO I: ESTUDIO SISTEMÁTICO DE PRECEDENTES	- 39 -
I.1. Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno.....	- 41 -
I.2. Proyecto de reglamento de desarrollo de la LTBG	- 73 -
I.3. En Comunidades Autónomas y Entidades Locales: Breve alusión al régimen sancionador autonómico	- 90 -
CAPÍTULO II: EXPERIENCIA COMPARADA E INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO SOBRE LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN	- 111 -
II.1. Aportación de los textos internacionales	- 114 -
II.2. Impacto del derecho comunitario y jurisprudencia europea	- 129 -
II.3. Experiencia e influencia de los Estados latinoamericanos: Especial mención a los antecedentes cronológicos de la normativa en transparencia en España y Chile y la influencia de la corrupción en las mismas.....	- 171 -
CAPÍTULO III: TRANSPARENCIA DE ESTADO EN ESPAÑA: CONCEPTO, ELEMENTOS QUE DAN CONTENIDO Y ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.....	- 199 -
III.1. Transparencia y principios: conexiones.....	- 199 -
III.2. Transparencia de Estado	- 210 -
III.2.1. Transparencia por Poderes.....	- 214 -
III.2.2. Estado de la Transparencia	- 235 -
III.3. Análisis de resoluciones en transparencia y acceso a la información.....	- 237 -

III.3.1. Desarrollo a través de la Jurisprudencia contencioso-administrativa-	238
-	
III.3.2. Resoluciones administrativas en el seno del Congreso de los Diputados -	
244 -	
CAPÍTULO IV: EL DERECHO FUNDAMENTAL EMERGENTE DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: SITUACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y <i>MAINSTREAMING</i>	- 253 -
IV.1. Derecho de acceso a la información y principios: Conexión e influencia europea.....	- 260 -
IV.2. Controversias entorno a los límites orgánicos y normativos al derecho de acceso a la información pública.....	- 265 -
IV.3.1. Límites orgánicos	- 266 -
IV.3.2. Límites normativos	- 270 -
IV.3.3. A propósito de la protección de datos y la transparencia en España-	293
-	
IV.3. Fundamentación jurídica del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental.....	- 303 -
IV.4.1. El fenómeno mainstreaming de Transparencia de Estado y sus aspiraciones constitucionales para construir un derecho fundamental: Breve alusión al posible anclaje constitucional del derecho de acceso en la CE	- 305 -
IV.4.2. Posicionamiento doctrinal	- 310 -
IV.4.3. Nueva argumentación pro derecho fundamental	- 323 -
IV.4.4. Argumentación desde la jurisprudencia	- 335 -
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	- 341 -
ANEXOS	- 347 -
I.-Demoscopia sobre la transparencia y acceso a la información en redes sociales.....	- 347 -
II. Manifiesto para implementar una efectiva transparencia pública	- 373 -
III.- Índices de Transparencia por órganos de Gobierno en España	- 377 -

BIBLIOGRAFÍA FÍSICA Y DIGITAL	- 381 -
NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL EN TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN	- 399 -
SEDES WEB DE TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO	- 405 -
PROCEDENCIA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y LEGISLACIÓN CONSULTADA	- 409 -

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

Habiendo finalizado un cometido tan arduo como lo es la labor de investigación y el desarrollo de una tesis doctoral, es de justicia valorar el camino recorrido hasta lograr la presente aportación. Es en este ejercicio de reconocimiento, donde queda a la vista que el mérito de la presente no solo reside en el que escribe, sino que es compartido con una serie de personas, instituciones y acontecimientos sin los cuales la misma no habría sido posible.

Es por ello por lo que este servidor tiene el honor y la necesidad de dedicar este espacio a todos ellos, a los que traslado un profundo sentimiento de gratitud. En primer lugar debo trasladárselo especialmente a la Profesora Doctora Catalina Ruiz-Rico Ruiz, por su profesionalidad, su competencia, valía consagrada y su capacidad de tutelar la investigación, dirigir mis ideas, su sabio consejo y sobre todo su confianza en mi trabajo, lo que, sin lugar a dudas, supone un elemento humano indispensable, no solamente en el desarrollo de esta tesis, sino también en mi formación como investigador.

He de citar a la inspiración de la presente, José Enrique Fernández de Moya, al que agradezco la fe y empuje altruista e inesperado que siempre ha regalado en momentos cruciales sin él saberlo, una maestro con su ejemplo de valores como el servicio público a la Nación. Me gustaría también agradecer al Departamento de Derecho Público como Antonio Martí o Jorge Lozano entre otros y a la Escuela de Doctorado de esta Universidad, por haberme facilitado siempre los medios suficientes para llevar a cabo todas las actividades propuestas durante el desarrollo de esta tesis y su diligencia en el cargo.

Por último quiero agradecer a toda mi familia a los que no están, a los que, Dios mediante, vendrán, y a los que están, especialmente a mi abuela, a mi madre y al que me ha acompañado en cada línea escrita o leída en una habitación de casa u hospital, mi padre, catedrático de las ganas de vivir para aprender y sacar lo mejor de uno. Para todos ellos mi dedicatoria, correspondencia y agradecimientos...

ABREVIATURAS

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos.

Art.: Artículo.

ATC: Auto del Tribunal Constitucional.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC.AA: Comunidad Autónoma.

CE: Constitución Española.

CTBG: Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno.

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

DUDC: Declaración Universal de Derechos Humanos.

DPD: Delegado de Protección de Datos.

EBEP: Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público.

EELL: Entidades Locales.

ET: Estado de la Transparencia.

LBRL: Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local.

LEC: Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

LODP: Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril del Defensor del Pueblo.

LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de septiembre de protección de datos de carácter personal.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.

LOTC: Ley Orgánica 2/1979 de 3 octubre del Tribunal Constitucional.

LRJPAC: Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común.

LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

LTMA: Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

NCT: Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo.

Núm.: Número.

OC: Obra completa.

OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

OEA: Organización de Estados Americanos.

OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

p.: Página.

pp. : Páginas.

PRLT: Proyecto de Reglamento de desarrollo de la LTBG.

RR.SS: Redes Sociales.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

TE: Transparencia de Estado.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

Vol.: Volumen.

CAPÍTULO PRELIMINAR

Dando proemio en este capítulo al objeto de marcar el escenario de la investigación, hemos de comenzar con la síntesis. Como consecuencia de un particular contexto económico, social y político fruto de la Gran Recesión del 2008 y del hastío ciudadano¹ derivado ante los sucesivos casos de aurívora corrupción en la administración, las medidas de transparencia y el acceso a la información se han consolidado como la exigencia legítima y remedio legal a tal problemática.

En este estudio general se enfoca particularmente cómo la transparencia como elemento iusfundamental supranacionalmente reconocido, las pautas de buen gobierno y sus garantías legales se han ido estableciendo en nuestro ordenamiento jurídico, cual es el estado de tales elementos en el Estado en comparación con otros y como se han transversalizado en la estructura estatal a modo de tendencia o fenómeno mainstreaming que aspira a tal reconocimiento constitucional.

La tesis, sostiene la instauración global del concepto y del derecho en los tres poderes del sistema democrático a través del análisis jurídico de la Ley 19/ 2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno en el Poder Ejecutivo, de las premisas constitucionales de publicidad en la tramitación de las leyes y potestad reglamentaria de las Cortes Generales y el Gobierno dentro del Poder Legislativo y del Plan de Transparencia Judicial dentro del Poder Judicial. Así, se expone como es la extendida estructura legislativa de transparencia la que plantea y sugiere el reconocimiento constitucional de este como derecho fundamental emergente y no el derecho fundamental constitucionalmente reconocido el origen del que se despliega la estructura de tal derecho. Dicho de otra manera, es la realidad social y unas garantías legislativas *quasi* orgánicas las que reclaman la inclusión del acceso a la

¹ LOZANO destaca además la “*creciente demanda de respuestas a la administración local por parte de los ciudadanos, el deficiente modelo de financiación, los recientes y ya endémicos casos de corrupción en los distintos niveles de gobierno, la desconfianza en las instituciones...*”, LOZANO MIRALLES, J., “*Foro de Debate: El control de las cuentas públicas*”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 14, 2014, p. 1.

información pública como derecho fundamental en vez de a la inversa que es lo habitual, siendo el derecho fundamental el inicio del desarrollo vertebrador y estructural.

Recorriendo la naturaleza, el derecho comparado, las causas y las consecuencias de esta implantación de la transparencia en nuestro país, se aprovecha para tomar una perspectiva general en la que analizar, reflexionar y comentar los resultados alcanzados desde las expectativas preconcebidas, desde los nuevos retos legislativos como el reconocimiento del derecho de acceso a la información como un derecho fundamental por ser emergente esta aspiración desde mediados de siglo pasado, a afrontar y sucintamente el conflicto constitucional que encuentra derecho de acceso a la información en el derecho al honor y la intimidad desarrollado por la protección de datos a través de los criterios de ponderación emitidos por los organismos respectivos.

En el desarrollo de la obra se persigue una hipótesis y unos objetivos, generales y específicos, los cuales se desarrollarán en el siguiente epígrafe. Las preguntas que se lanzan al campo de la transparencia y el derecho de acceso son: ¿Es una materia que preocupe en nuestro entorno?, ¿Está el derecho de acceso a la información pública correctamente anclado y desarrollado de nuestra Carta Magna y ordenamiento?, ¿Cómo se alinea la doctrina a este respecto?, ¿Existe impacto jurisprudencial y correligionarios pro derecho fundamental de acceso a la información?, ¿Qué argumentos podrían sumarse en esta readaptación?, ¿Existía transparencia antes de la LTBG y la revolución o mainstreaming de la transparencia?, ¿Qué estatus, alcance consideración y estado poseen la transparencia y el derecho de acceso a nivel internacional, comunitario y países concretos?, ¿Cómo influye esto en España?, ¿Cómo es el proceso de solicitud jurídicamente?.

Dentro del método científico en que nos ubicamos, encontramos en la hipótesis la suposición de partida a investigar de la que poder obtener unos resultados fundamentados. Como siempre recomienda a sus alumnos el profesor LOZANO MIRALLES “*una tesis es un conjunto de micro situaciones que da solución a pequeñas zonas de la realidad*”, por ello se partirá de la macro situación a las micro situaciones

que se proponen a continuación de las que tras la investigación se extraen las conclusiones.

La proposición jurídica que se presenta – una vez procesados datos y bibliografía en el contexto jurídico – nos sirve para plantear una serie de hipótesis de partida que dando respuesta a las preguntas previas ofrecen una situación general de la transparencia pública en España: La existencia de actuaciones de prevención de la corrupción y de garantías del derecho de acceso a la información en nuestro ordenamiento jurídico y constitucional antes y después de la LTBG. La importancia y el cambio tras la LTBG. La evolución jurídica de la transparencia en el entorno europeo e hispanoamericano. La posible consolidación de un cada vez más necesario y exigido derecho fundamental constitucionalizado de derecho de acceso a la información pública. Como hipótesis de segunda línea se plantea la mejora del proceso de solicitud de acceso a la información.

Destaca internacionalmente la ausencia de un derecho fundamental de acceso a la información pública en España a pesar de la presencia de un desarrollo normativo en transparencia y acceso de raigambre pública en cada uno de los poderes que intuiría que éste existe en la norma suprema, la Constitución Española de 1978 y los Tratados Internacionales.

Aunque en realidad este no figure como tal, la fuerte tendencia o mainstreaming ha hecho que salga reforzado el derecho y la conciencia social aumenta la exigencia de transparencia activa en las instituciones. Forma parte de la hipótesis la existencia del fuerte entramado a demostrar, un aparato estatal extendido en torno a la transparencia y el acceso a la información pública que refuerzan la teoría del emerger de una norma fundamental, un derecho fundamental en construcción. Existe un surgir mundial en derechos y deberes de transparencia y de libre acceso que paulatinamente se ha extendido, empezando en Suecia y que continuando en países escandinavos ha llegado a ambos hemisferios que continúan extendiéndose por su influencia mutua, especialmente en Europa y América.

Argumentando razones de autonomía y conexión se puede defenderse el iusfundamentalismo del derecho de acceso a la información pública. Este derecho figura desde hace décadas como fundamental en muchos países del ámbito europeo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la reutilización de la información del sector público por lo que es tardía su efectiva recepción en nuestro ordenamiento pero actual su transversalización, de donde nacen los conceptos de Transparencia de Estado en vías del Estado de la transparencia para enriquecer el Estado de Derecho y enriquecer el *status* de libertad ciudadana y legitimar el Estado democrático.

Dentro del campo de estudio del Derecho Público, la presente tesis, apoyada en referentes bibliográficos de renombre en el ramo, tiene por objetivo general en primer lugar y como punto de partida plantear, revisar bibliografía, estudiar y comparar en los primeros capítulos un recorrido detenido por la situación jurídica española, práctica y teórica, de la transparencia, el acceso a la información pública y breves aspectos de la buena gobernanza.

La segunda parte, una vez desarrollados los aspectos previos en la materia, se dedica a ahondar en la transparencia con especial atención al florilegio del antes y el después de la LTBG, donde se presentan, desarrollan y justifican los conceptos de Transparencia de Estado y Estado de la Transparencia que dan soporte motivacional a la tercera parte de la obra la cual se dedica al estudio contrastado del derecho de acceso a la información pública y transparencia en derecho comparado.

Finalmente, se investiga sobre el derecho constitucional de acceso a la información pública y la transparencia desde el origen, en contraste comunitario y aportando en el estudio una argumentación iusfundamental. Aquí se destaca que ya está emergiendo este derecho en este rango tras una progresiva construcción en los últimos años fruto de una tendencia mainstreaming concurrente legislativamente en los tres Poderes del Estado y que defienden los conceptos de la segunda parte. En suma, es una investigación de profundización y desarrollo en el campo de estudio tratado cuyo

objetivo propuesto es soportar y defender constitucionalmente la aspiración y refuerzo que estos derechos suponen para el Estado de Derecho.

De acuerdo con el planteamiento anterior, esta investigación tiene otros objetivos de segundo plano pero no por ello menos importantes, los objetivos específicos son:

- Realizar un comentario crítico de la normativa referente a la transparencia y el derecho de acceso en España y su comparación internacional, su conexión con otros derechos y principios, analizar las instituciones con competencias en la materia y sus límites.
- La consolidación de los argumentos iusfundamentales del derecho de acceso y los beneficios de la transparencia jurídica e institucional.
- Una identificación de los principales factores que facilitan y dificultan la aplicación de la LTBG y el PRLT como política legislativa.
- Una relación del derecho de acceso a la información con principios que le dan origen junto con otra relación de derecho comparado con países europeos, latinoamericanos, de la UE y de la OEA.
- Una demoscopia en el apéndice que, con las redes sociales como novedad, permita obtener unos resultados respecto a la transparencia de los que poder extraer unas conclusiones prácticas.

La metodología utilizada en esta investigación jurídica es la sistémica, es decir, el seguimiento de un proceso a través del que se asocian hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que engloba los diversos elementos. Se basa en la reunión holística y racional de un conjunto de elementos, doctrinas, modelos, posiciones o perspectivas dispersos en una unidad de nuevo cuño.

Siguiendo este método, en primer lugar, se delimitará el objeto de la investigación al campo del Derecho Público en el que se ejerce el estudio y a su vez, cuan sistema de muñeca rusa matrioska en el que se va ahondando dentro de cada espacio se pretende llegar a detección de retos, lagunas, taras, descubrimientos y nuevos análisis respecto al derecho constitucionalmente garantizado del acceso a la

información. AZÚA indica que el punto de partida de la investigación ha de ser la detección de un problema jurídico al que se intentará dar una solución². La búsqueda de las resoluciones a las diferentes cuestiones que se plantearán durante el estudio ha de ser el hilo conductor que guíe la confección de la tesis doctoral en todas sus fases.

A juicio de este investigador, los problemas de los que partirá la investigación se hallarán siempre ligados a la forma de aplicación de una norma o conjunto de normas o a la falta de regulación de un conflicto apreciable en una sociedad tan exigente que demanda una intervención normativa que ofrezca soluciones concretas y eficientes a cada tipo de demanda.

La investigación, que se desarrollará en diversas fases, entre las que se encuentra la denominada fase heurística que nos ocupa este apartado, alude a la labor consistente en acopiar, recopilar y organizar las fuentes de información precisa para llegar a un nivel de conocimiento necesario sobre una determinada materia, que permita el desarrollo y reflexión sobre el tema objeto de la tesis doctoral y la obtención de las conclusiones oportunas.

Una vez trazado el plan inicial de trabajo, delimitado el espacio de conocimiento y las inquietudes dentro del mismo, acudir en un primer término a fuentes de información más generales para, una vez alcanzados los conocimientos jurídicos más elementales o generales en el Derecho Público, pasar a examinar fuentes más concretas y más específicas, las constitucionales y de derecho administrativo de las que se extraerá la información real y verdaderamente útil para el desarrollo del objeto sobre el que versará la tesis. Las fuentes de información o conocimiento de las que tradicionalmente se ha nutrido la investigación jurídica son las normas, la doctrina científica y la jurisprudencia y a ellas son a las que acudiré por ese orden, sin olvidar otras fuentes de recopilación de información propia como una demoscopia jurídica final, entrevista o similares de las que podrán extraerse conclusiones específicas.

² AZÚA REYES, S., *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Porrúa, México, 1999, p. 8.

Desde el punto de vista de la metodología de la investigación jurídica proyectada, las normas son consideradas fuentes formales, en tanto en cuanto, como se ha señalado por AZÚA, están dotadas de fuerza suficiente para obligar por mandato imperativo a un ordenamiento constitucional-legislativo³ como es el caso. Es por ello que se recopilará una bibliografía amplia pero concreta y nutrida además de una legislación que ofrezca una base desde la CE hasta el futuro reglamento que desarrolle la LTBG de 2013 pasando por antecedentes españoles y estudios de derecho comparado.

Otra de las fuentes fundamentales para la investigación en esta tesis es la doctrina jurídica, entendida como el conjunto de opiniones, teorías y especulaciones de los expertos de la transparencia sobre las normas jurídicas que lo atañen y su aplicación. Ésta ejerce un papel relevante en la formación del nuevo Derecho, siendo así que la creación de nuevas normas se apoya frecuentemente en las opiniones expresadas por los expertos de las diversas disciplinas jurídicas. Las consideraciones de los autores son real y absolutamente tenidas en cuenta cuando se plantean dudas y cuestiones sobre la interpretación y aplicación de estas normas.

Si bien la doctrina no tiene la fuerza suficiente para obligar jurídicamente ni es por tanto una fuente directa del derecho, ha de decirse que las opiniones y consideraciones de la doctrina quedan recogidas en medios de difusión escrita que siempre integran la bibliografía jurídica y como tal tienen un peso esencial. Ésta doctrina, de la que se nutrirá la recopilación, se compone fundamentalmente de los libros, los artículos de revistas jurídicas, las tesis y otros trabajos de investigación en la materia que figuran en el epígrafe bibliográfico.

A continuación, ha de hacerse referencia a la jurisprudencia⁴ como fuente de información complementaria para la investigación jurídica la cual se recogerá,

³ AZÚA REYES, S., *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Porrúa, México, 1999. p. 31.

⁴ Respecto del papel que la jurisprudencia juega en el esquema de fuentes del Derecho del ordenamiento jurídico español, ha de señalarse que de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.1 del

seleccionará y analizará. Esta doctrina sentada y nacida de los órganos que ejercen la función jurisdiccional a través de sus resoluciones, serán principalmente del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, dado el contexto de nuestros días influido por la revolución de la comunicación en la que nos encontramos, no puede obviarse el gran poder informativo y de conocimiento que posee internet y las RR.SS desde donde se extraerán datos además de lo que pueda servirse de las redes a la hora de interactuar con una sociedad que pueda aportar luces sobre la investigación. Igualmente ha de darse un valor añadido a la experiencia profesional cosechada que pueda ser siempre útil a la obra y que inevitablemente dará soporte a la misma.

La organización de los materiales y la construcción del discurso es la siguiente fase. En una primera aproximación a la revisión bibliográfica como elemento imprescindible de una tesis jurídica, al inicio de la tesis se habrá de expresar con toda claridad cuál es el tema que se analiza de la regulación de la transparencia y del acceso a la información como derecho fundamental y los resultados de su ejercicio respecto del que se pretende aportar soluciones. Así pues, habrá de explicarse cuál es la génesis de la problemática así como los motivos que lo hacen merecedor de un análisis exhaustivo que lleve a profundizar.

La bibliografía y el desarrollo dará contenido a cada uno de los epígrafes que compondrán los capítulos organizados en tres partes: la primera de planteamiento y situación actual de la materia en sus distintas ramas con indicación de los caracteres organizativos como es la parte en la que nos encontramos, una segunda parte que contiene todo lo relativo a la transparencia y una tercera al derecho de acceso a la información, siendo el resto dedicado a las conclusiones y apéndices.

Como fase final aludiremos a la de redacción y publicación. Una vez con toda la bibliografía, notas y fuentes recopiladas, revisadas, procesadas, redactadas y ordenadas, se habrá dado la forma a los resultados por medio de la redacción de los conocimientos

Código Civil, la Jurisprudencia no constituye una Fuente del Derecho pero ha de ser en esta tesis por ser una fuente de análisis e interpretación sin la cual no podrían llegarse a conclusiones prácticas importantes.

adquiridos, las pautas y consejos recibidos. La presentación y redacción de esta tesis, una vez conjugada por escrito en diversos cuadernos, se han transcrito informáticamente en el programa procesador de textos de Office 2010, con el formato de edición común que suelen usar las investigaciones científico-jurídicas, es decir, el formato APA y referencias bibliográficas conforme a la norma ISO 690 siguiendo las líneas de la Revista Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén. Esta fase de redacción ha estado condicionada por un seguimiento de la holística y el método sistémico que indicábamos al inicio y de una periódica revisión por el tutor y director que ha dirigido correctamente la línea perseguida. Señalar que en uno de los capítulos de la tesis el método es el derecho comparado por medio de la interpretación y la analogía-diferencia.

Al final, tras una revisión final por el tutor y un miembro ajeno a la investigación se procede a la correspondiente entrega y depósito de la tesis al tutor pero también a la comisión académica, a la Escuela de Doctorado y al director en virtud de lo dispuesto en el Reglamento de los Estudios de Doctorado de la Universidad de Jaén, del Consejo de Gobierno de la Universidad de Jaén (Aprobado en sesión nº 13 de fecha 6 de febrero de 2012). Subsanados los posibles errores de los trámites oportunos en la Escuela de Doctorado de la Universidad de Jaén queda lista para su defensa y evaluación por un tribunal de expertos al que este servidor al final de su aprendizaje como investigador se somete con toda humildad.

Cuando hablamos de un tema hemos de aludir a los antecedentes. La transparencia y derecho de acceso a la información en España tiene un origen y una naturaleza jurídica a la que se dedica este apartado. En primer lugar los antecedentes jurídicos constitucionales y de otros rangos y por otro lado se analizarán la influencia de la corrupción en estas normativas en nuestro país.

Actualmente se goza de un gran desarrollo con mejor o peor acierto pero no han de caer en el olvido para no mermar la libertad para no repetir errores como los que recuerda POMED SÁNCHEZ en aquellas manifestaciones estatales que condenaban

como acto de rebelión las impresiones y publicaciones de carteles y la orden de declarar secretas las sesiones de las Cortes de la Constitución de Bayona de 1808⁵.

Para presentar los precedentes, se analizarán detenidamente todas las Cartas Magnas, *normas normarum* nacionales, habidas a lo largo de la historia de España, desde la promulgada por las Cortes de Cádiz de 1812, se contempla la inexistencia de un derecho semejante al reconocido en el art. 105.b) CE de 1978 respecto al acceso a los archivos y registros administrativos. Ello puede resultar lógico por cuanto que al aperturismo y la transparencia de los poderes públicos no gozó de un amplio reconocimiento, contextualizando en un régimen democrático como el que disfrutamos actualmente aunque se han ido sucediendo todo tipo de regímenes políticos, no hay ninguno de ellos que se pueda medir con el vigente en nuestros días que conlleva un reconocimiento de la transparencia, la información y una amplia participación de los ciudadanos en el ejercicio de los poderes públicos.

- El art. 371 de “*la Pepa*”, la Constitución Española de 1812, reconoce una libertad de expresión primeriza haciendo mención a varios de los medios por el cual puede hacerse efectiva como son la escritura, la imprenta y la publicación libre de ideas de la siguiente manera “*Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes*”.
- Asimismo el art. 2º de la Constitución de 1837 disponía que “*Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes. La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados*” y en su art 3 reconoce a los españoles por primera vez el derecho de petición a los Gobiernos “*Todo español tiene derecho de dirigir peticiones por escrito a las Cortes y al Rey. Como determinen las leyes*”.
- Más adelante en la Constitución de 1845, se vuelve a visualizar que estos derechos ocupan una posición muy adelantada, con lo que se atisba que ya gozaban de una

⁵ POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989. p. 81.

jerarquía respecto al resto, un ejemplo es el art. 2 en donde prácticamente se reproduce la fórmula de las Constituciones anteriores por medio de un reconocimiento de libertad de expresión por imprenta, antecedente inmediato en efectos prácticos a los medios telemáticos de comunicación masiva, donde se afirmaba que *“Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes”* y en el art. 3 del mismo cuerpo *“Todo español tiene derecho de dirigir peticiones por escrito a las Cortes y al Rey como determinen las leyes”*.

- Con la Constitución Española de 1856⁶ se limita ampliamente esta libertad al establecer en tono represivamente negativo que *“la calificación de los delitos de imprenta corresponde a los jurados, salvo las excepciones que determinen las Leyes”*.
- Está también presente la referencia a esta libertad en la Constitución Española de 1869⁷, al reconocerse que:

“Tampoco podrá ser privado ningún español:

-Del Derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.

-Del derecho de reunirse pacíficamente.

⁶ También conocida como la *“non nata”* porque nunca llegó a ser promulgada a causa del *“golpe contrarrevolucionario”* del general Leopoldo O'Donnell que puso fin al bienio progresista del reinado de Isabel II de España y decretó la clausura las Cortes Constituyentes elegidas en 1854.

⁷ Primera constitución democrática del aún compacto imperio español, se aprobó bajo el Gobierno Provisional de 1868-1871 que se formó tras el triunfo de la Revolución de 1868 que puso fin al reinado de Isabel II. Fue la Constitución que estuvo vigente durante el reinado de Amadeo I. Tras la proclamación de la Primera República Española en febrero de 1873 sólo estuvo en vigor el Título I, que recogía las libertades y derechos fundamentales, y fue restablecida, aunque mantenida en suspenso, tras el golpe de Pavía que dio paso a la dictadura de Serrano. Fue abolida definitivamente tras el triunfo del pronunciamiento de Martínez Campos en diciembre de 1874 que dio paso a la Restauración borbónica en España que se rigió por su propia Constitución de 1876.

-Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública.

-Y, por último, del derecho de dirigir peticiones individual o colectivamente a las Cortes, al Rey y a las Autoridades”.

- Menos de una década después, con la Constitución Española de 1976 se amplía y detalla el contenido de este derecho:

“Todo español tiene derecho:

- De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa.

- De reunirse pacíficamente.

- De asociarse para los fines de la vida humana.

- De dirigir peticiones individual o colectivamente al Rey, a las Cortes y a las autoridades.

El derecho de petición no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada.

Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con éste”.

- Ya durante la Segunda República Española, se reconocen por primera vez una amplia variedad de derechos que hasta la fecha habían resultado inéditos en la historia constitucional de nuestro país. En su art. 34 se dispone que *“Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura. En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamiento de juez competente. No podrá decretarse la suspensión de ningún periódico, sino por sentencia firme”* y en su art. 35 *“Todo español podrá dirigir peticiones, individual*

y colectivamente, a los Poderes públicos y a las autoridades. Este derecho no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada”.

- El primer antecedente inmediato en cercanía a nuestra Constitución actual está presente en el Fuero de los Españoles de 1945 en el que el régimen de Franco reconoce una serie de derechos y libertades, en el caso, el art. 12 dispone que *“Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”* y el art. 21 *“Los españoles podrán dirigir individualmente peticiones al Jefe del Estado, a las Cortes y a las Autoridades. Las Corporaciones, funcionarios públicos y miembros de las Fuerzas e Institutos armados sólo podrán ejercitar este derecho de acuerdo con las disposiciones por que se rijan”.*

En comparación con el ámbito internacional en este tipo de reconocimientos han de marcarse en el mapa del tiempo dos hitos del derecho de acceso a la información pública, Suecia y Estados Unidos. Suecia, con la Ley de Prensa de 1766 y Estados Unidos en su pionera constitución. Una vez que ambos son pioneros en el reconocimiento estatal del derecho de acceso a los documentos públicos a nivel internacional, durante los años sesenta se inicia en los regímenes democráticos, especialmente en los países escandinavos, una nueva orientación de la Administración hacia la transparencia y surge la informática como nuevo medio de gestión de información con la consiguiente revolución de las comunicaciones. En España no se recogerá esta tendencia hasta la Constitución Española de 1978.

Finalmente, terminaremos aludiendo a referentes de otros rangos normativos. Ya desde el anteproyecto de la LTBG se introducía que no se partía de la nada más absoluta porque el ordenamiento jurídico español aguardaba ya una compilación de normas prototransparentes con algún aspecto referente al derecho de acceso a la información pública, que lo limitaban o bien lo ponían en valor. He aquí la respuesta a la hipótesis que pretende demostrar que existía transparencia en nuestro país antes del 2013, solo que ahora es más cualificada, especializada y autónoma.

Como ya se ha visto, la misma CE prevé en sus arts. 20.1, 23.1 y 29 motivos claros y de sentido jurídico que revelan la intención de los padres de la Constitución de

aproximar al ciudadano a la gestión pública aunque es en su art. 105. b)⁸ CE referido al derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos donde más se ciñe la LTBG, de ahí que carezca del rango de orgánica, aunque en suma no haga referencia a la totalidad de la información pública, introduce algunos límites en el acceso a la información que comprometa la defensa, la investigación de delitos y la seguridad.

Pueden citarse además, en un peldaño inferior pero imprescindible y que a lo largo de la tesis serán reseñables, los siguientes antecedentes legislativos:

- Art. 37 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, derogada a partir de noviembre de 2016 por las leyes 39/2015 de 1 de octubre y la 40/2015 de 1 de octubre del procedimiento Administrativo Común y del Sector Público respectivamente. Aunque de redacción legal tardía y poco contrastada con otros agentes⁹, dicho art. 37 de la LRJPAP reconoce y regula el régimen general del derecho de los ciudadanos a acceder a los documentos que formen parte de un expediente y que estén dentro de un archivo administrativo cuando estén ya resueltos los mismos. Este precepto limita la accesibilidad documental respecto a la intimidad de las personas por razones de interés público dados los derechos de los terceros que sean susceptibles de protección impuestos por otras leyes.
- Art. 35 a), b) y g) LRJPAC declara la facultad ciudadana de conocer en cualquier momento el estado de un procedimiento, su derecho de identificar a las autoridades que las tramitan y a solicitar orientación o información sobre como relacionarse con la propia administración. Dicho lo cual de la LRJPAC, resulta conveniente resaltar lo escueto e insuficiente que es a la hora de garantizar el derecho del ciudadano a acceder a la información pública ya que no cumple con los parámetros mínimos

⁸ Conforme a la sinopsis que realiza el GARCÍA TREVIJANO, E. Disponible en:
http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=105&tipo=2

⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 367.

establecidos en el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a la documentación pública.

- Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP). Este cuerpo legal reconoce, dentro de su regulación, el derecho concreto que posee el ciudadano a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para obtener información para el ejercicio de sus derechos garantizados en el citado art. 35 LRJPAC.

Si hemos de señalar un punto de inflexión en el panorama de la transparencia en España, este sería la fecha de publicación de ésta ley ya que supuso una gran modernización de los procedimientos y del empleo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación como instrumento de acceso informático así como de la participación ciudadana.

Es conveniente también destacar los reglamentos que desarrolla la LAECSP como son el Real Decreto 4/2010 de 8 de enero que regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en la Administración Electrónica y el Real Decreto 3/2010 de 8 de enero que regula el Sistema Nacional de Seguridad en la Administración Electrónica.

- Art. 3 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre sobre Reutilización de la Información del Sector Público, transposición de la directiva 2003/98/CE de 17 de noviembre, que reconoce la importancia y el valor que tiene la información generada en las entidades públicas y su valor tanto para personas físicas como para las jurídicas en la generación de empleo y en la meta de recuperación económica.
- Art. 62 de la Ley 16/1985 de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español¹⁰ que contiene la regulación del acceso y de consulta del procedimiento documental y

¹⁰ El Capítulo I del Título VII de la Ley de Patrimonio Histórico Español dispone que de forma general los documentos una vez que se concluyen en la tramitación, son depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes unidades de derecho público, serán libres para la consulta de aquel que lo solicite con las siguientes excepciones: a) Que afecten a materias específicas clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales; b) Que no deban ser públicamente conocidos por indicación expresa de la ley; c) Que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y defensa del Estado o la averiguación de delitos. Existe la posibilidad también de solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. En cuanto a los documentos que posean datos personales de naturaleza policial, procesal o de cualquier índole que pueda

bibliográfico otorgándole una garantía de libre consulta con las únicas limitaciones de aquellos documentos que contengan datos de carácter personal y materias específicamente clasificadas.

- Art. 18.1 e) de la Ley 2/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local el cual reconoce el derecho del vecino a ser informado cuando razone su petición junto con su remisión a la propia Administración Local en relación a la documentación municipal en cumplimiento del art. 105 CE. El art. 69 del mismo texto obliga a las corporaciones locales a difundir la más amplia información sobre su actividad y el precepto 70, apartados 1) y 2) contienen la difusión de los instrumentos, documentos y convenios de ordenación territorial, planteamiento y gestión urbanística.
- La ley 17/2009 de 23 de noviembre de Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio incorpora parcialmente en el ámbito estatal la Directiva 2006/123/CE de 12 de noviembre que reconoce el derecho a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos y a obtener información sobre sus actividades correspondientes.
- Art. 13.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- La Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera se consolidó como texto único regulador de la estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera de todas las administraciones ya sean estatales, autonómicas o locales con la meta de orientar y limitar la actuación de los poderes públicos para prevenir un déficit público disparado.
- Ley 30/2004 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público aprobado por texto refundido por el Real Decreto 3/20011, el cual resulta de transposición de la Directiva 2004/18/CE de Parlamento y del Consejo de 31 de marzo sobre la coordinación de procedimientos de adjudicación de todo tipo de contratos públicos

afectar a la seguridad de las personas, su intimidad, su imagen personal o familiar o su honor, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de 25 años desde su muerte o cuando esta sea conocida o de 50 años desde la firmeza del expediente. Esto ocurre también con los expedientes judiciales que obran en los registros judiciales de gestión, archivos territoriales y los centrales antes de su remisión a la Junta de Expurgo.

ya sean de suministro, obras o servicios modificada por el reglamento de la Comisión Europea 1422/2007 de 4 de diciembre. Puede considerarse, junto con la LAECSP y la Ley de Reutilización de la Información Pública como los verdaderos antecedentes en España de la transparencia.

- Real Decreto 951/2005, de 29 de julio por el que se dispone un marco general para la mejora de la calidad de la Administración General del Estado especialmente su capítulo III y IV sobre “*Programa de Cartas y Servicios*” y de “*Quejas y Sugerencias*” respectivamente.
- Ley 28/2006 de 18 de julio de Agencias Estatales para la mejora de los Servicios Públicos que ha sido por cierto modificada por la LTBG para la implementación de accesos.
- La Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal cuyo objeto es garantizar y proteger en lo concerniente al desarrollo del derecho fundamental a la intimidad en la era digital y al tratamiento de los datos personales las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas física, preservar el honor, intimidad personal y familiar. Se aplica a todos los datos de carácter personal registrados en cualquier tipo de soporte susceptible de ser tratado y obliga a las entidades públicas y privadas que posean ficheros con datos de carácter personal a cumplir una serie de obligaciones para garantizar la protección de los mismos. Durante la tesis se mencionaran elementos de ponderación y vinculación con la LTBG pues es el derecho a la intimidad personal un límite claro al derecho de acceso.
- Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones, la cual presentaba parámetros de transparencia en sus concesiones con un abanderado principio de publicidad.
- Art. 14.4 de la Ley 5/2006 de 10 de abril de Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado sobre todo en su Título II en el que desarrolla los conflictos de intereses, el ámbito de aplicación, el régimen de incompatibilidades, el régimen sancionador y las obligaciones de los mismos, una auténtica ley de Buen Gobierno que

propugnaba valores de ética política en el seno del alto mando de la Administración Pública.

- De la parte de Buen Gobierno de la LTBG es antecedente también el Código de Buen Gobierno presentado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 en el que a pesar de revisarse el estatuto moral del gobernante no existían medidas disuasorias para su cumplimiento como un régimen de sanciones.
- Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal respecto al Capítulo II, Título XVIII “*De las Falsedades Documentales*” y Capítulo IV del Título XIX “*De la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos*” en la que se tipifican ilícitos que a Buen Gobierno se refieren.
- Hemos de remitirnos también a la legislación sectorial aplicable en la normativa sobre archivos sometidos y a la normativa sobre materias clasificadas como la Ley 9/1968 de 5 de abril de Secretos Oficiales modificada posteriormente por la Ley 48/1978 de 7 de octubre en la que se implementan medidas de acceso fácil y aperturista.
- Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad sobre acceso a los documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.
- Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral General de acceso a los archivos regulados para la legislación de régimen electoral.
- Ley 12/ 1989 de 9 de mayo de la Función Pública de acceso a los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública como el acceso al Registro Civil y al Registro Central de Penados y Rebeldes Civiles y a los registros de carácter público que esté regulado por una ley.
- El apartado 1 y 2 del art. 136 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria por su alusión a la publicidad activa que ha de ofrecerse además del capítulo IV de “*Rendición de cuentas*”.
- Arts. 2, 7, 9, 10, 14 y 42 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Art. 14 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal que desarrolla los términos para la “*planificación*,”

desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia” y en el Consejo General del Poder Judicial.

- Resolución de 28 de octubre de 2005, de la Secretaría de Estado de Justicia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, por el que se aprueba el Plan de Transparencia Judicial.
- Segunda parte de la proposición no de ley del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de abril de 2002 por el que se aprueba la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia en virtud del cual, entre otras referencias a la transparencia y acceso, *“El ciudadano tiene derecho a recibir información transparente sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes de todos los órganos jurisdiccionales de España”.*
- Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. Normativa íntimamente ligada en el tiempo a la LTBG y que reformaba la regulación fiscal en materia financiera.
- Además de los anteriores y por ultimar, existe un conjunto de normas sectoriales que regulan el derecho de acceso a la información pública en un ámbito determinado como por ejemplo el medio ambiente o las leyes autonómicas sobre archivos y patrimonio documental así como el precedente de la Ley 4/ 2006 de 30 de junio de Transparencia y Buenas prácticas en la Administración Pública Gallega por ejemplo.

De toda esta evolución histórica, se puede concluir que derechos reconocidos en nuestra Constitución de 1978 como el derecho de acceso a los archivos y registros públicos y a la libertad de recibir información veraz por cualquier medio como la otra cara de la moneda de la libertad de expresión, no están regulados expresamente en ninguna Constitución histórica española, tal y como ya se afirmó *ut supra* y que las figuras con las que encontramos que guardan una relación más estrecha son tanto con la libertad de expresión a través de la imprenta, la escritura o la publicación de ideas, como en el derecho de petición, viniendo a ser así los embriones de los citados derechos

como consecuencia lógica de la democratización progresiva en las formas de actuación de los sistemas políticos y los poderes públicos inmersos en ellos.

De esta manera se podría cuestionar si durante las distintas etapas del constitucionalismo histórico español hubiera sido posible ejercer el derecho de acceso, lo cual no parece descabellado si consideramos el ejercicio del derecho de petición, siendo el objeto de la petición el propio acceso y la citada libertad de expresión, alegando en esto la necesidad de acceso como requisito necesario para hacer ésta efectiva. Como veremos más adelante, a la hora de diferenciar determinadas figuras del derecho de acceso a archivos y registros, dentro de su determinación conceptual, el derecho de petición no se corresponde ni se puede corresponder en puridad con el derecho de acceso pues se reconocen en la propia Constitución Española de 1978 como dos derechos diferentes por lo que no se hace necesario tal y como ocurría en las Constituciones históricas, recurrir al derecho de petición o a la libertad de expresión como únicas vías para hacer efectivo el derecho de acceso a la información.

CAPÍTULO I: ESTUDIO SISTEMÁTICO DE PRECEDENTES

Antes de entrar en contenidos, es conveniente matizar una diferenciación entre transparencia y acceso a la información pública dada la confusión que el que escribe percibe muy a menudo en todo tipo de círculos. Si bien el uso ha sido relacionado en el mismo campo semántico por su proyección, su significado es distinto por más que se unan en los discursos con otros conceptos como calidad democrática, gobierno abierto, participación ciudadana, probidad administrativa o rendición de cuentas.

El acceso a la información pública es el derecho, fundamental¹¹ o no, dependiendo del lugar, aunque fundamental y humano a ojos y defensa del autor y que es el que nos faculta a todos los ciudadanos a solicitar al gobierno y a la administración información pública no excluida por razones legítimamente tasadas así como de obtener respuesta en un tiempo razonable. Aunque el derecho de acceso a la información en origen es un derecho liberal, ha de considerarse hoy como un derecho de talante socio-político desde que corrige desequilibrios de información y obliga a la cosa pública a proveer instrumentos para hacer que la información pública sea accesible.

Del derecho de acceso y esta promoción de instrumentos al acceso del que se viene hablando, POMED destaca lo común de la proclamación del carácter fundamentalmente instrumental que posee actualmente este derecho en España especialmente en interrelación con el derecho de participación y libertad de expresión¹².

Por otro lado, se hablará de transparencia cuando se haga alusión a una cualidad, calificativo o condición metalingüísticamente tratado como se estudia en otra sección en referencia a la Real Academia Española de la Lengua. Aunque no debe confundirse la transparencia con la fiscalización o la auditoría, no puede negarse que pertenecen al mismo campo semántico por el paralelismo que existe entre ellos. El catedrático

¹¹ CARBONELL. M., *El derecho de acceso a la información como derecho fundamental, en Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, UNAM, México, 2006, p. 4.

¹² POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989, p. 96.

LOZANO MIRALLES concluye en un estudio que *“la fiscalización se define como el control del sector público, dejando el de la auditoría para el sector privado”*¹³. Pues con esta afirmación podemos señalar que la transparencia es una herramienta que ofrece campo de análisis y material de control a la fiscalización y a la auditoría ciudadana.

Jurídicamente existe una acepción más técnica referida a un contexto en el que los objetivos estatales, el panorama institucional, el marco legal y económico, las decisiones políticas, los datos político-monetarios y financieros entre otros muchos, se proporcionan al público de una forma comprensible, accesible, gratuita y oportuna dotando al ciudadano de la condición de agente, garante y copropietario del sistema. Por ello puede decirse que la transparencia está más relacionada en la LTBG con la publicidad activa y que incluye al acceso a la información como parte pasiva de la misma.

Por consiguiente, el atributo de transparencia se alcanza solo cuando existe una clara voluntad de apertura administrativa y gubernamental extendida en acciones definidas y visibles que manifiestan la disposición de construir una relación. Esta relación o pacto democrático se basa en códigos de conciencia ética, moral, en la honestidad, por lo que la voluntad de apertura y participación es independiente de los mecanismos de acceso a la información, ya que una sociedad puede tener por idiosincrasia o por cultura cívica prácticas de transparencia entre ciudadanos y gobierno aunque el derecho de acceso a la información pública no se encuentre debidamente regulado en su ordenamiento jurídico ni existan avales institucionales que lo defiendan como el caso de la Suecia setecentista que se estudiará más adelante.

Así, queda configurada la transparencia como un todo complejo y compuesto del derecho de acceso a la información donde puede adoptarse en cada momento medidas justificadas en pos de la causa proba lo que en palabras de POMED *“implica un cambio*

¹³ LOZANO MIRALLES, J., “Auditoría pública”, *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 3, 1995, p. 85.

no exclusivamente normativo sino también, y fundamentalmente, de sensibilidad por parte de quienes tienen a su cargo la gestión de los intereses públicos”¹⁴.

Dicho lo cual, hay que tener presente que un modelo estatal proteccionista jurídico e institucional en materia de acceso a la información no generará por sí solo visos de transparencia si no se acompaña de otros elementos como Transparencias de Estado, concepto a desarrollar en consiguientes epígrafes.

I.1. Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno

Antes del análisis de las distintas experiencias comparadas en transparencia, se expone sustancialmente la panorámica en términos de descripción y de comparación de la LTBG, dejando para ulteriores epígrafes el análisis del futuro reglamento que desarrolle el mismo orientando los derroteros a seguir para ofrecer al ordenamiento jurídico la categoría de Estado de la Transparencia que ocupa la tesis en cuestión con una Transparencia de Estado ejecutiva como es la que ocupa el presente epígrafe.

Tras múltiples titubeos de otros gobiernos, se publica la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno el día 10 de diciembre del año 13 gracias a la valiente y necesaria propuesta legislativa del Partido Popular¹⁵ liderado por su presidente y Presidente del Gobierno de España don Mariano Rajoy Brey con el apoyo parlamentario en las Cortes Generales de los partidos

¹⁴ POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989, p.116.

¹⁵ Iniciativa propuesta en la campaña electoral desarrollada durante la segunda mitad de 2010 y materializada en el programa del partido para la X legislatura: “*con carácter inmediato y de acuerdo con los principios que inspiran el Convenio Europeo sobre Acceso a los Documentos Públicos, una ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La ley abordará desde una perspectiva integral la transparencia como un derecho de los ciudadanos y como un principio básico de actuación de todas las administraciones públicas, garantizando de manera ponderada el derecho a la protección de datos de carácter personal y salvaguardando siempre el interés general*”. Programa Electoral del Partido Popular del 2011. Disponible en: <http://www.pp.es/actualidad-documentos-descarga.php?nomArchivo=5751-20111101123811.pdf> , p. 146.

regionales, Convergencia y Unió y el Partido Nacionalista Vasco pero con Unión Progreso y Democracia y el Partido Socialista Obrero Español en contra a pesar de que luego se mostraron proclives en etapas post legislativas y aprobando textos del mismo contenido en las regiones que gobernaban.

La LTBG puede definirse como una ley administrativa extensiva, ley de mínimos, ley de carácter básico, de principios, estatalmente obligatoria desde diciembre de 2014 y autonómicamente desde el 10 de diciembre de 2015 aunque muchas autonomías ya contaban con legislación en la materia antes de la publicación de la LTBG. De su cabecera se expanden los contenidos normativos que ocupa como es la obligación de transparencia activa y pormenores para las 21.400 instituciones públicas, el desarrollo del acceso a información y finalmente unos principios éticos, económicos y financieros de buena gobernanza.

Estructuralmente, la LTBG posee un total de 40 artículos y se subdivide en 3 partes bien diferenciadas. En una primera dogmática, en el que se encuentra el preámbulo y el Título Preliminar, una segunda parte orgánica con tres títulos (el primero de ellos con 3 capítulos y sus distintas secciones), uno a cada elemento del enunciado de la Ley y finalmente una parte dispositiva con 8 Disposiciones Adicionales y 9 Disposiciones Finales.

La Ley de Transparencia de España es una norma que tiene varios objetivos como son el *“control de la gestión de fondos públicos por la Cámara que es lo que constituye el leit motiv de toda la LTBG y del derecho al acceso a la información que en la misma se reconoce y articula”*¹⁶, el fortalecimiento del Estado de Derecho, el incluir a la ciudadanía como agente de gestión compartida, la implantación de la cultura administrativa de rendición de cuentas y especialmente reforzar el derecho de los ciudadanos a acceder a la información sobre actividades públicas. Este último entra en vigor en dos momentos diferenciados, el título de Transparencia y el del Consejo de

¹⁶ Fundamento arrojado por la resolución administrativa de la Mesa del Congreso de los Diputados de día 29 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.congreso.es/docu/transp/recursos/Comunicacion_acuerdo_M_A_G.pdf, p. 11.

Transparencia y Buen Gobierno al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y el título de Buen Gobierno al día siguiente.

En el primer título se aloja la regulación de la Publicidad activa donde la ley obliga a las administraciones públicas a difundir información relevante y actual sin que la ciudadanía se la solicite, y debe ser en sedes electrónicas o páginas web. Esa información debe ser periódica, actualizada, clara, gratuita, estructurada, de calidad, identificable, localizable, que funcione en varios sistemas o formatos, inter-operativa, entendible y accesible universalmente, es decir, para personas con capacidad modificada judicialmente.

Además de estar dispuestos formatos varios, estos han de ser reutilizables, es decir, formatos con los que las personas puedan fácilmente realizar búsquedas, selección y elaborar obras derivadas. Las entidades administrativas a las que se le aplica esta publicidad activa deberán difundir información (publicidad activa) como la siguiente:

- Anteproyectos de Ley, proyectos de Decretos Legislativos cuya y proyectos de Reglamentos iniciativa les corresponda.
- Contratos, su objeto, duración, importe, procedimiento, etc.
- Cuentas anuales e informes de auditoría y fiscalización.
- Declaraciones anuales de bienes y actividades de representantes locales.
- Estadísticas del volumen presupuestario de contratos.
- Información relativa a sus funciones y estructura.
- Organigrama, perfil y trayectoria profesional de sus responsables.
- Planes y programas anuales y plurianuales y medios previstos para su ejecución, indicadores de valoración, grado de cumplimiento y resultados.
- Presupuestos, describiendo las principales partidas.
- Relación de bienes inmuebles de su propiedad.
- Relación de convenios suscritos, indicando también su objeto, duración, obligaciones, etc.
- Retribuciones de las personas con mayor responsabilidad.
- Subvenciones y ayudas públicas concedidas.

El legislador dedica, en este primer título, un espacio considerable al derecho de acceso a la información pública, a la que define como los contenidos o documentos que estén en el poder, hayan sido elaborado o adquiridos por las entidades a las que se les aplica la LTBG.

Este derecho estará limitado en su art. 14 LTBG, como se estudiará más adelante en el epígrafe de limitaciones a este concreto, cuando suponga un perjuicio para la seguridad nacional o pública, intereses económicos y comerciales, política económica y monetaria, secreto profesional, propiedad intelectual, protección del medio ambiente, entre otros casos.

En art. 15 LTBG también ocupa la referencia a una limitación desde la protección de datos para el caso de que afecte a datos personales especialmente protegidos, la persona afectada debe dar su consentimiento. La ciudadanía puede solicitar información a las Administraciones Públicas identificándose e indicando una forma de contacto, pero no es obligatorio exponer los motivos de la solicitud de información y la Administración tendrá un mes exacto para resolver la consulta o dos si el volumen o complejidad lo hace necesario.

Con la LTBG en España, en este título también, se inaugura un ente virtual desconocido hasta la fecha en el sistema, como es el Portal de la Transparencia y Buen Gobierno, catedral virtual del principio constitucional de publicidad activa que dependerá del Ministerio de la Presidencia, para publicar la información obligatoria por ley que deba proveer la Administración General del Estado, así como la solicitada de forma más frecuente por la ciudadanía.

Con respecto al Buen Gobierno, en su segundo título, el legislador obliga a actuar a los miembros con responsabilidad política y de estado con transparencia, imparcialidad, igualdad de trato y diligencia a responsables de las administraciones públicas y entidades del sector público estatal, art. 26 LTBG.

En último lugar, es el tercer titular el dedicado al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el cual, el legislador promovió la creación de este organismo para

controlar el cumplimiento de esta ley por parte de la Administración General del Estado. El papel del CTBG es adoptar recomendaciones y asesorar para el cumplimiento de esta ley, evaluar su aplicación, promover actividades para su difusión, etc. Se financia a través de los Presupuestos Generales del Estado lo cual no resta independencia dada la no remuneración de la parte subdirectiva que la compone.

Está compuesta por: un presidente, un diputado, un senador y miembros representantes del Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, de la Agencia Española de Protección de Datos, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Aunque sus representantes no tienen derecho a remuneración, excepto su presidente, se echa de menos representación de otras figuras que aumenten la independencia del ente, como por ejemplo la posibilidad de asistencia de miembros homólogos de las Comunidades Autónomas o del Ministerio Fiscal.

En los años de vigencia de la LTBG, el CTBG no ha hecho más que recibir elogios y premios por su buen hacer y por su rápida y efectiva puesta en marcha en el sistema por la gran piedra que encontraba en la crisis económica y la carencia de recursos económicos con los que se viene dotando, por lo que se sobreentiende que el factor humano y de cultura de transparencia en nuestro país ha ejercido un peso fundamental.

Los aspectos destacables de las LTBG en términos de novedades o de ejercicio de elementos de Transparencia de Estado, pormenorizadamente desarrolladas son:

- Que están dentro del ámbito subjetivo de aplicación tanto las formaciones políticas, las sindicales, los entes empresariales, la Casa Real, como las empresas que reciben más de la mitad de financiación por subvención pública, el Congreso de los Diputados y el Senado, el Banco de España o el Tribunal de Cuentas, entre otros.
- Que la información es accesible por una nueva herramienta, el PTBG, a través de la web <http://transparencia.gob.es/> a la que los ciudadanos y ciudadanas pueden dirigirse para cualquier petición de documentación y de datos no excluidos de consulta. Este canal general, en el que se han invertido más de millón y medio de

euros en dos años, está constantemente abierto (veinticuatro horas al día, los siete días de la semana los 12 meses del año). Que se simplifica y garantiza el derecho a obtener información a cualquier persona de manera gratuita, digital y sin trabas burocráticas excesivas.

- Que las retribuciones y remuneraciones de los altos cargos del Gobierno y todas y cada una de las subvenciones públicas superiores a los cien mil euros son susceptibles de conocerse (o cuando el 50 por ciento de los ingresos anuales de las instituciones tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo 5.000 euros según el art. 3. b) LTBG.
- Que las limitaciones constitucionales aplicadas a la exclusión de información son: *“la seguridad y la defensa nacional, la prevención de delitos o el secreto profesional. Igualmente, también se contemplan otras causas, como los intereses económicos o comerciales”* (art. 105 CE).
- Que se instaura un organismo responsable, administrativo, gerente e como lo es el CTBG¹⁷. Esta institución tiene facultades fiscalizadoras y sancionadoras, por lo que puede imponer castigos y multas a aquellos funcionarios que no entreguen la información solicitada. Es teóricamente independiente y esto le dota de un plus consustancial a la transparencia aunque duda de la eficacia de los órganos independientes¹⁸
- Que los ayuntamientos y diputaciones provinciales tuvieron junto a las administraciones autonómicas un plazo moratorio de dos años desde la LTBG para adaptarse a la nueva premisa y aprobar sus leyes de transparencia.
- Que instaura el principio de transparencia de la función pública y el derecho de acceso a la información en el que se da un valor novedoso a la transparencia

¹⁷ Algunos autores e instituciones sugerían, antes de la aprobación de la LTBG, que fuese un Ombudsman o Defensor del Pueblo ya existente quien asumiese las competencias en la materia o que dicha labor fuese compartida entre dos órganos para garantizar su independencia. “Informe extraordinario del Sindic de Greuges de Catalunya”, *Derecho de acceso a la información pública*, Barcelona, 2012, p. 30.

¹⁸ LOZANO citando a SANTAMARÍA PASTOR *“no hay nada más peligroso que crear órganos independientes, pues es la mejor manera para asegurar su ineficacia”*, LOZANO MIRALLES, J., “Órganos de control externo y Parlamento”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 40, 1997, p. 173.

activa sobre la pasiva, en virtud del cual los sujetos del art. 2 LTBG deben ofrecer información a través de sus sitios electrónicos autorizados y de carácter público.

A continuación hemos de referirnos a la influencia de la transparencia en la calidad democrática y la publicidad activa. La transparencia no es un elemento baladí, sino un elemento determinante de importancia para la calidad de la democracia, así lo señala ARANDA ÁLVAREZ: “*La gestión de la información y el conocimiento que se maneja en el ámbito de los poderes públicos también puede contribuir a reforzar la democracia o a su devaluación*”¹⁹. La teoría normativa de la democracia persigue la transparencia del foro público en la que el principio de publicidad (9.3 CE) es la base, el secreto la excepción y la soberanía del pueblo²⁰ a lo que el que escribe añade como regla fundamental para la calidad democrática de un Estado las medidas de Transparencia de Estado y en su excepción, los límites ponderados. La transparencia y el acceso a la información son en nuestros días variables fundamentales e imprescindibles desde las nuevas perspectivas por medio de las cuales se está fiscalizando la democracia, el desarrollo y la calidad de vida de los ciudadanos, donde la Transparencia de Estado, como política legislativa ejerce un peso notable.

Una de las razones de peso que se esgrimen en la tesis para la constitucionalización iusfundamental del derecho de acceso a la información pública es la vinculación que tiene tal derecho con la publicidad pasiva (derecho de acceso) existente como uno de los máximos principios de la ley suprema en el precepto noveno y que dicha información pública es un dominio público y por tanto todos somos usuarios (art. 132 CE).

Partiendo de que la democracia, antes de la corriente de mediados de siglo pasado tendente a la participación ciudadana (art. 9.2 CE) y en el sentido más clásico de su concepto, se centraba en el tema de la representación ciudadana por sufragio

¹⁹ ARANDA ÁLVAREZ, E., “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, 2013, p. 227.

²⁰ TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p. 338.

temporal puede afirmarse que la libertad de cada individuo es capaz de ser representada a través de una forma colectiva cuya configuración es el propio Estado.²¹

Asumido lo anterior, en el desarrollo de los debates jurídicos sobre la democracia real, aparecen nuevas variables en un escenario conceptual donde ya no es exclusiva la representación en la gestión, sino que además se cuestiona cómo funciona una democracia desde círculos de opinión ciudadana cada vez más interconectados. Uno de estos elementos, y de gran importancia para calificar la calidad democrática de un Estado, es la rendición de cuentas, acompañada del derecho de la ciudadanía a acceder a la información en poder de los que gestionan el Estado y por tanto conocer la administración de los recursos. Esto lleva a que, aparte de representar, un Gobierno debe ser transparente para que el representado, al adquirir este empoderamiento (art. 1.2 CE), pueda tener una intervención compartida en los procedimientos de representación política y administrativa.

Según expertos como el profesor BOBBIO, uno de los principales retos y horizontes de la democracia real es el de las “*promesas no mantenidas*”, las cuales se han venido incumpliendo en multitud de ocasiones porque las trabas materiales habidas una vez en el Gobierno no sólo son técnicas sino políticas. Es por esta imposibilidad que supera a la voluntad por la que no se ha conseguido eliminar la opacidad de la Administración en su totalidad o se ha vista ralentizada.²²

Es este mismo autor quien más ha destacado en forma de advertencias a futuro acerca de las consecuencias del oscurantismo administrativo y del secretismo gubernamental, constatando la existencia de un calificado “*poder invisible*” que convive con el “*poder formal*” en los órganos de representación dejando en manos del Estado que tiene la oportunidad de impedir el control de ciertos sectores no transparentes, especialmente los que poseen dotación de caudales.²³ Por esta razón existe la publicidad como requisito del sistema democrático, un poder visible por

²¹ TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p. 81.

²² BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, p. 26.

²³ BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, pp. 64 y ss.

definición y tangible en los ordenamientos por un lado, y por otro lado un porcentaje de Gobierno opaco. La ambición por iluminar todas las esferas del poder político favorecerá siempre el control, mientras que la reserva expande la discrecionalidad, que es donde reside la oportunidad y por tanto la corrupción. Esta realidad expone los contrastes entre el ideal en teoría de la democracia y su práctica real reducida en ausencia de políticas-legislativas de Transparencia de Estado.

Para otros autores como MORLINO, la calidad de la democracia puede considerarse como una ordenación institucional estable, que a través de organismos y mecanismos que funcionan correctamente, realizan la libertad y la igualdad de los ciudadanos y esta realización correcta no se entiende sin la libertad de acceso a documentos, siempre dirigidos a lograr un Estado de la Transparencia en la que el ciudadano se sienta gestor partícipe y satisfecho en sus facultades.²⁴ Por esta razón este autor señala también como variables para examinar la calidad de una democracia el Estado de Derecho, en el que alojamos el Estado de la Transparencia atendiendo al derecho de acceso a la información como derecho prefundamental, el *accountability* electoral, el interinstitucional y la participación política. En palabras de MORLINO “Entonces, una buena democracia es, antes que todo, un régimen ampliamente legitimado y, por lo tanto, estable, del cual los ciudadanos están plenamente satisfechos”²⁵.

Del mismo modo se defiende que el elemento cúspide para explicar la calidad democrática desde la transparencia es la rendición de cuentas, la cual se da de manera interinstitucional y a través de la participación ciudadana en una democracia participativa de gobierno abierto.²⁶ MORLINO, además, indica teóricamente que la rendición de cuentas interinstitucional como *accountability* estatal o administrativo es la

²⁴ MORLINO, L., *Calidad democrática entre líderes y partidos*. Istituto Italiano di Scienze Humane, Florencia, 2008, p. 20

²⁵ MORLINO, L., *Calidad democrática entre líderes y partidos*. Istituto Italiano di Scienze Humane, Florencia, 2008, p. 26.

²⁶ MORLINO, L., *Calidad democrática entre líderes y partidos*. Istituto Italiano di Scienze Humane, Florencia, 2008, pp. 8 y ss.

responsabilidad que los gobernantes tienen respecto de otras instituciones, o frente a actores colectivos que tienen conocimientos y poderes para valorar el comportamiento de los gobernantes y está caracterizada por su permanencia, por ser formal o legalmente instituida y en cuanto configura una relación entre iguales. En la práctica, se refiere al control del Gobierno que ejerce una oposición en el parlamento, a las diversas actividades de evaluación y controles desarrollados por una magistratura, si se encontrare activa, por los tribunales constitucionalmente legitimados, por las cortes supremas del Estado, en nuestro caso el Tribunal Constitucional, por las Cortes Generales, por la banca central y por otros órganos existentes para este fin.

Se refiere también MORLINO²⁷ a la actividad desarrollada fuera del parlamento por los partidos políticos, los medios de comunicación y otras diversas asociaciones intermedias, como son los sindicatos, asociaciones empresariales, o de otros tipos como los que se alojan en el Título Primero de la CE.

En este sentido, con la LTBG, como la o la Ley de Acceso a Información Pública chilena, se crea una nueva institucionalidad que garantiza que la ciudadanía tenga acceso a la información pública y que tenga facultades sancionadoras cuando ésta se deniegue de manera injustificada. La correcta puesta en marcha del CTBG o su homólogo contribuyen a mejorar una de las dimensiones más relevantes de la calidad de la democracia, la rendición de cuentas públicas o *accountability* interinstitucional.

En esta cuestión es en donde se fundamenta esta investigación. En el considerar tanto la transparencia en general como su vertiente pasiva, la facultad de que un ciudadano acceda libremente a la información pública, como herramientas democráticas en el sentido de que contribuyen a fiscalizar.²⁸ También, cómo no, limita el ejercicio del poder y complementarias a los procedimientos clásicos ya existentes en España de la

²⁷ Citando a O'DONNELL, 1999 y SCHMITTER, 1999. MORLINO, L., *Calidad democrática entre líderes y partidos*. Istituto Italiano di Scienze Humane, Florencia, 2008, p. 32.

²⁸ “La fiscalización es una herramienta de trabajo del control parlamentario”, LOZANO MIRALLES, J., “Auditoría pública”, *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 3, 1995, pp. 84-45.

democracia representativa, ya que el pleno y efectivo ejercicio de la rendición de cuentas públicas es indiscutible para evitar la mala gestión y la corrupción. La LTBG y la implementación de Transparencia de Estado, de llevarse a cabo a plenitud y de manera eficiente, encauzarían hacia la configuración de un pilar sideral en la calidad de la democracia de un Estado de la Transparencia, como es la rendición de cuentas públicas de una forma periódica y sistemática.

Por todo ello, la Transparencia de Estado y el acceso a la información de la gestión pública son necesarios para el fortalecimiento de los procesos democráticos con los beneficios correspondientes que estas acarrearán a la Administración Pública, pero entre los más importantes se pueden destacar dos.

El primer beneficio es el control de la ciudadanía sobre la gestión pública, concibiendo el derecho de acceso a la información pública como punta de lanza de la Transparencia de Estado y aquí la regulación del acceso a la información pública en cada Poder condiciona los flujos de información existentes y facilita la revisión ciudadana sobre el Gobierno. El segundo sería el desarrollo económico, político y social. En el ámbito económico y político y en la distribución de los beneficios sociales tiene tanto beneficio en la calidad democrática el Estado de la Transparencia como perjuicio la opacidad, generando concentración de los poderes económico y político, afectando negativamente el desarrollo social a través de la economía y aumentando la desigualdad entre iguales sin obviar la oportunidad que ofrece a la corrupción, repartiendo daños entre el crecimiento económico, la gobernabilidad y a la misma calidad de la mismísima democracia.

Así pues, un sistema democrático con estos estos beneficios puede aspirar a alcanzar el Estado de la Transparencia como *súmmum* del Estado de Derecho actual. Ha sido tal el fenómeno de transversalización de transparencia que la Transparencia de Estado ha sido incluido en las agendas gubernamentales de muchos países como un asunto de alta relevancia, pasando de ser en los años 90 sólo 12 los países que contaban

con leyes de acceso a la información pública, a 70 en 2006, sin contar los actuales y los que se encuentran en proceso.²⁹

Con respecto a la influencia de la transparencia en el enfoque actual de la publicidad activa, la Transparencia de Estado tiene una implementación predominantemente *top down*³⁰ en España muy significativo, al no solo sustanciar el acceso a la información, consagrando la publicidad pasiva, sino que es el mismo Estado el que se desnuda ante el ciudadano aun sin ser solicitado. De esta manera del derecho a pedir información se desprende una obligación, la de la Administración y el Gobierno de informar sin que medie solicitud ninguna como inicio de la comunicación. Esto a su vez crea indirectamente un derecho, el de recibir información del Estado sin solicitud previa, publicidad activa al fin y al cabo.

En la LTBG, antes de la regulación del acceso a la información como ejercicio de la publicidad pasiva, el legislador ha ubicado dentro del Título Primero, el Capítulo II “*Publicidad activa*” dedicando a este menester siete preceptos al respecto del art. 5 al art. 11 LTBG: Principios Generales; Información institucional, organizativa y de planificación; Información de relevancia jurídica; Información económica, presupuestaria y estadística; Control; Portal de la Transparencia; y Principios Técnicos.

El enfoque *top down* se define por SOUSA como aquel cauce vertical a través de la cual las decisiones de políticas se comunican y ofrecen descendentemente a los ciudadanos. Para que este derecho-deber de recibir información exista, han de acotarse y entenderse las informaciones, han de estar disponibles en formatos accesibles y que el sistema sea capaz de comunicar eficazmente para masas controlando los usuarios y las organizaciones que participan en el desempeño de la labor de publicidad activa, para lo que no debe escatimarse presupuestariamente para la puesta en marcha de este derecho-deber en el PTBG.

²⁹ Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/259917/transparencia-en-el-mundo-2>

³⁰ Véase la obra completa del siguiente autor la cual despliega los elementos más precisos de la actual política *top down* o de arriba abajo, SOUSA, J., *Implementando Transparencia y Acceso a la Información en Chile: Éxitos y fracasos en la implementación de las políticas Top Down*, Academia Española, Madrid, 2011.

Teóricamente, para implantar esta Transparencia de Estado se requiere una normativa que desarrolle la publicidad activa superior por medio de la creación de programas, planes o regulaciones administrativas, ya que una ley deriva no sólo en el Poder Ejecutivo, sino en las necesidades de que el Poder Legislativo las estudie, valore y apruebe en última instancia. Por esta razón la el desarrollo normativo ordinario tiene mayor viabilidad de ser mantenida y desarrollada que otra política legislativa o de promoción, ya que su posible alteración o modificación requerirá, igualmente, la revisión del Poder Legislativo. Por el contrario, los planes de promoción, programas o regulaciones administrativas están mucho más vinculados a las voluntades ideológicas de un Gobierno y por lo tanto tienen muchas menos posibilidades de ser implantados y mantenidos con garantías por otras Administraciones Públicas.

En la práctica, finalmente, el enfoque *top down* o de publicidad activa que se estudia debe compaginarse con el enfoque *bottom up*³¹ por la necesidad de perfeccionar la eficacia de la publicidad activa al volverse un procedimiento interactivo y de ponderación que requiere la participación ciudadana.

Hemos en este punto de realizar unos comentarios a la LTBG con una especial mención a las resistencias al cambio. La situación normativa de la transparencia en España, la LTBG y el resto de políticas (TE) desarrollada hasta nuestros días han arrastrado una actividad que permite con cierto espacio de prueba, detallar, comentar y criticar objetivamente los aspectos más cuestionables o aspectos a mejorar. En última instancia se hará una breve alusión al concepto de resistencias al cambio que se han encontrado en este desarrollo.

Para comenzar, por el elemento de mayor necesidad en España a nivel de transparencia en búsqueda de su punto absoluto o Estado de la Transparencia, se ha de aludir al rango del derecho de acceso a la información. Se viene señalando reiteradamente, que el derecho de acceso a la información no se reconoce actualmente

³¹ Las políticas-legislativas bottom up, son las contrarias, las de muestra de abajo a arriba o de publicidad o transparencia pasiva en la que es el interesado el que inicia la relación.

como fundamental, sólo como ordinario a pesar de ser un derecho fundamental emergente por varias razones alegadas en la presente obra (especialmente de influencia internacional y de exigencia social) con lo que en caso de conflicto, primará la protección de datos al acceso, por ser la intimidad y el honor un derecho fundamental constitucionalmente y desarrollado por Ley Orgánica.

Esto debería ser así de dos formas, o proponiendo que la LTBG alcance tal rango por ser un desarrollo de la libre información o derecho de igualdad, petición o libertad de expresión o bien introduciendo taxativamente por reforma parcial en la CE el derecho de acceso a la información pública.

En segundo lugar, para que se cumpla el requisito de que los datos sean entendibles, reutilizables y en formatos interoperables, ha de existir previamente en la Administración Pública como en el Gobierno un sistema de archivos y almacenamiento eficiente y efectivo ya que de lo contrario es muy complejo ofrecer la información requerida con Seguridad Jurídica (Art. 9 CE). El hecho de que sólo se aplique a nivel estatal y que las CCAA deban aprobar sus correspondientes leyes de transparencia da cumplimiento al principio de descentralización y desconcentración administrativa, pero por otro lado crea desigualdad entre ciudadanos nacionales en función de las autonomías a las que pertenezcan por no ser exactamente iguales los portales de transparencia autonómicos, los distintos consejos de transparencia y sus normativas con el consiguiente incumplimiento del art. 14 CE.

Respecto al Portal de la Transparencia, se ha criticado especialmente el hecho del que el buscador no funcione correctamente por no indexar los datos internos (El art. 18 LTBG excluye comunicaciones públicas e informes internos, sin definir qué entiende como interno) de los documentos ni utiliza técnicas básicas que los buscadores de internet cumplen desde hace más de una década. Criticable igualmente del Portal de la Transparencia es que haya impuesto inicialmente usar el DNI electrónico dado que según el Instituto Nacional de Estadística en 2014 el 47,9% de la población de 16 a 74 años de edad declara disponer de DNI electrónico, pero sólo el 8,5% de estos tiene lector de tarjetas con microchip electrónico, complemento que hay que adquirir por separado pero que a su vez perfila mejor las entradas de usuarios a nivel de

identificación³². Respecto a la información de contratos, están los que hayan estado en vigor en o a partir de 2014, no de años anteriores con lo que existe una especie de amnistía informativa de todo lo ocurrido antes del 2013. Finalmente, en el portal no se proporciona información elaborada, tratada o procesada para quien la solicite así, es decir, sólo ofrece documentos vírgenes, no los que se deban elaborar ad hoc para la petición.

Se esperaba del legislador que en la LTBG se incluyesen TE de necesidad como obligar a publicar inventarios, agendas y otros gastos aunque finalmente no se obliga a que las aproximadamente 21.000 instituciones del Estado incluidos más de 8.000 ayuntamientos tengan que publicar su inventario de bienes y derechos. Sobre el coste de viajes oficiales tampoco existe obligación, aunque sí se puede solicitar dicha información. Tampoco todas las instituciones referidas en la LTBG han de cumplir con las obligaciones de publicar proactivamente la información que les corresponde ni responder a solicitudes de la ciudadanía por no definir con precisión las instituciones obligadas a cumplir sus reglas.

En contra de lo que, como se veía, ocurre en países como por ejemplo Chile que tiene 20 días, la Administración Pública española tiene un plazo de un mes como Francia, prorrogable a dos meses, para contestar las solicitudes de información pero, si al final no contesta, no tendrá que explicar por qué, justificar esta ausencia de respuesta y esto no desprenderá consecuencias algunas al ser un silencio negativo.

Valorando el CTBG en términos legislativos prácticos, se encuentra una llamativa situación en el art. 23.2 LTBG “*contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1.f) solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo*” del cual se entiende que no puede acudir al CTBG cuando se trata de instituciones como la Casa Real, el Congreso de los Diputados, y el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial por citar algunos por lo que deja coja la facultad del CTBG para vigilar el cumplimiento de la

³² Datos disponibles en:

http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t25/p450/base_2011/a2014/10/&file=04059.px

LTBG al margen de la Administración General del Estado, algo que el CTBG está corrigiendo paulatinamente a través de convenios de colaboración con CC.AA y casas consistoriales, aunque instituciones como las citadas en el art. 2.1.f) LTBG quedan fuera de esta inspección.

Respecto a las resistencias al cambio, ha de hacerse una mención separada a esta por ser necesaria para conocer verdaderamente el desarrollo de la transparencia en una cultura administrativa como la nuestra. La implantación de una Transparencia de Estado es diferente en función de la cultura administrativa que posea la sociedad y el funcionariado así como los generadores del desarrollo. Estudiando esta implantación y cuestionando las posibles resistencias que pueden encontrarse encontramos que se presentan distintos agentes en la recepción de la nueva situación atendiendo a tres agentes: el objeto del cambio (aquí pues, encontramos el objeto de cambio la generación de herramientas que permitan al ciudadano acceder a información pública, puesta en marcha de instituciones, modificación de leyes y otras), el contexto de la instalación (a pesar de lo económica, social y políticamente delicado que fue el 2013, centro de la Gran Recesión de 2008, año de los movimientos de indignación de la izquierda radical y con cifras microeconómicas aun desalentadoras, la recepción al cambio fue adecuada) y los sujetos activos y pasivos (la ciudadanía española).

El contexto no deja de estar influido por la idiosincrasia administrativa sobre la que se aplique cierta disposición normativa de cambio, en este caso la transparencia. El autor WAISSBLUTH define un concepto similar que nos vale al caso, la institucionalización social, y la como el *“cómo se hacen las cosas traducido en prácticas concretas y cotidianas, negativas o positivas. Como ejemplo, pueden existir las prácticas generalizadas de llegar tarde y de incumplir compromisos, o las prácticas de llegar puntualmente y de cumplir compromisos”*.³³ El que escribe lo entiende más bien como una administrativización ciudadana, un conjunto de tradiciones, costumbres, prácticas, creencias, idiosincrasia, símbolos y expectativas acerca de lo que se considera

³³ WAISSBLUTH, M., *Gestión del Cambio en el sector Público. Departamento de Ingeniería Industrial*, Universidad de Chile, 2008, p. 3.

adecuado, que priman mayoritariamente en el ente del sector público y en los administrados.

Las resistencias radican probablemente en la aplicación de las nuevas prácticas en la gestión de empresas tanto semipúblicas como públicas, y sin lugar a dudas es un caso de mayor importancia pues de su éxito suele estar dependiendo el bienestar de muchos ciudadanos, usuarios mayormente y el ahorro de multitud de bienes, derechos y prestaciones. En general, toda empresa empresarial total o parcialmente pública, al igual que las privadas enfrenta obstáculos para cambiar las cosas por cuestión de escepticismo, y a esto se suma la complejidad y dedicación requeridos para transformar culturas, hábitos y prácticas de trabajo. Afortunadamente en España la recepción social por su cercanía y familiaridad a la exigencia, que no cultura, de la transparencia ha favorecido un tránsito afable.

El mismo autor señalaba en su obra que la costumbre burocrática nacional es aquella donde el cumplimiento de la norma, y el ejercicio discrecional del poder de quien aplica la norma, pesan más que agregar valor público de la misma forma que la cultura del incumplimiento y la picaresca es la que, mientras el funcionario o el directivo no vea amenazada su propia estabilidad, actúa con grados significativos de falta de compromiso e involucramiento tanto con la misión institucional como con el cumplimiento de sus promesas personales.³⁴ También niega de utilitaria las culturas muy burocratizadas que él califica de “hiperjerarquizadas”³⁵ por ser el diálogo entre sujetos de dos jerarquías administrativas distintas penalizadas, evitadas y criticadas si no son adyacentes.

A pesar de los mejores esfuerzos del Gobierno de la Nación, es muy frecuente que las iniciativas importantes de cambio fracasen por verlas este y el funcionariado de

³⁴ WAISSBLUTH, M., *Gestión del Cambio en el sector Público*. Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 2008, p. 3.

³⁵ WAISSBLUTH, M., *Gestión del Cambio en el sector Público*. Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 2008, p. 22.

forma diferente. Siendo para los primeros una gran oportunidad de mejora en la Administración para y para ellos mismos aunque para muchos funcionarios represente una iniciativa que acarrea más trabajo, atención y por tanto es perturbadora e inquietante, tal como señalan autores de relevancia en la materia. Ambos autores saben que el liderazgo y la prudencia son el motor del éxito de un cambio, pero son muy pocos los líderes que saben de qué forma se comprometen las personas con el cambio para hacer que éste sea posible. Si para muchos altos cargos del Gobierno se concibe el cambio como una oportunidad de reforzar la Administración Pública mediante la coordinación de las operaciones con la estrategia, de asumir nuevos retos en transparencia y de progresar en su carrera, para muchos funcionarios, incluidos inspectores de rango intermedio, el cambio no es algo buscado ni bienvenido, siendo una medida más política que una política legislativa de Estado con lo que por el contrario, crea trastornos y es inoportuno.³⁶

Si cuando en una implantación de las que nos ocupan, la instrucción a los funcionarios e inspectores se centra en cuestiones administrativas y procesales, sin hacer hincapié suficiente en la motivación y en las metas que persigue una Transparencia de Estado se perderá involucramiento de toda la organización en este cambio fundamental en la Administración Pública. En la instalación de cambios legislativos tales, el mismo autor diferencia los aspectos de resistencia más comunes para la gestión de un cambio, el aspecto formal y el socio-psicológico que es el que nos interesa aquí. Este último se define como los componentes intrínsecos e incluye aspectos de la perspectiva recíproca y del compromiso mutuo que surge de sentimientos tales como la vinculación y la dependencia entre empleado público y la institución a la que está adscrito. Tal es de fundamental el compromiso personal de un funcionario con el de la institución precursora del cambio que de ello en gran parte depende este. Igualmente los de precursores de Gobierno presuponen que el funcionariado sea leal y que esté dispuesto a coordinarse con lo que sea oportuno para garantizar el cambio. En el contexto de un cambio es importante la manera en que procede la Administración Pública y el

³⁶ STREBEL. P., *Why Do Employees Resist Change?*, Harvard B.R, 1996. Disponible en: <https://hbr.org/1996/05/why-do-employees-resist-change>

Gobierno (Art. 97 CE), la coordinación jerárquica para conseguir el compromiso para que los venideros retos y los beneficios del cambio se establezcan.

La coherencia entre los enunciados de la institución y el comportamiento de la dirección es fundamental para crear un espacio que conculque el compromiso del funcionariado en la dimensión social. En función de la Transparencia de Estado que se busque implantar, serán distintas las percepciones de los funcionarios a generar unos compromisos de eficiencia personales y la gestión del cambio podrán cumplirse. Cada vez, en menor medida, existen casos en que la actitud del funcionario favorece la conservación del *statu quo* en su organismo, de manera que la resistencia al cambio es algo que se encuentra arraigado en la misma base de la institución. Conseguir un cambio firme es un objetivo en el que el plan de gestión del cambio tiene que alcanzar a lo más hondo de la institución que se trate sin ceñirse únicamente a sustanciar la iniciativa, sino también gestionarla.

Una última consideración respecto a las resistencias al cambio deben hacerse observando las consecuencias jurídicas de las taras de concreción y concisión de la redacción de la LTBG que lleva a muchas instituciones (tribunales calificadoros de oposiciones, Cuerpo de Policía Nacional, etc.) a refugiarse en los resquicios de la indeterminación para seguir guardando documentos o evitar publicar los que según la ley tienen la obligación de publicar. Las resoluciones judiciales que contienen estos casos concretos de resistencia en la breve vigencia de la normativa al respecto pueden consultarse en el epígrafe de análisis de jurisprudencia en transparencia.

En conclusión, dirigir con éxito un cambio de Transparencia de Estado requiere la definición del comportamiento social, pero además la de los funcionarios hacia nuevos objetivos en términos que todos puedan comprender y tener en cuenta la trascendencia de su recepción para lo que el liderazgo de Gobierno en su implantación son un elemento fundamental.

El procedimiento de acceso a información pública es un tema destacado al que hay que prestar especial atención. Para analizar el proceso de acceso a la información al que todos los españoles en España o a través de los consulados y embajadas tenemos

derecho de ejercitar, hemos antes de definir ciertos elementos. El objeto de solicitud se hace autónomo superando el anterior procedimiento poco delimitado en el art. 105 b) CE y desarrollado en la derogada Ley 30/1992.

Acotando los elementos básicos del procedimiento hemos de comenzar con la competencia objetiva la cual corresponde a los órganos españoles con esta facultad, territorialmente principalmente la misma Administración solicitada y complementariamente el CTBG o consejos autonómicos facultativamente. Los actores en el procedimiento son dos, el sujeto activo o usuario que es el ciudadano demandante de información y el sujeto pasivo el Estado por medio del canal que constituye la solicitud articulada por el PTBG y el CTBG en términos resolutivos. Finalmente el objeto del procedimiento es la información pública y se ubica en la Sección 2ª del Capítulo III de la LTBG en sus arts. 17 a 22 y que camina a ser *res communis publicae* o de dominio público de ahí su creciente popularización.

Si bien es cierto que en un principio el acceso habilitado era certificadamente y sin especificaciones mayores, lo cual daba una cierta inseguridad jurídica y opacidad al ejercicio de petición de información pública, a partir de la LTBG se dota de una autonomía y estructuración del proceso de solicitud. De esta manera se cumple las exigencias de publicidad pasiva, que es el 50% de la transparencia pública naciente del principio de publicidad del art. 9 CE.

En 2014 existía solo un cauce informático que requería el uso de DNI-e, acceso a internet, posesión de un lector de tarjetas, ordenador y por supuesto conocimientos informáticos avanzados con lo que no podía accederse con igualdad (art. 14 CE) al proceso de solicitud. En 2015 se establece un cauce de correo ordinario y a través de los Registros de las Administraciones por un formulario descargable³⁷ en la misma web del PTBG lo cual ofrece acceso a aquellos que no posean los medios y conocimientos digitales necesarios. Además se ofrece un cauce informático que no exige DNI y que es por medio de una red CI@ve. Este es un sistema de Identificación, Autenticación y

³⁷ Disponible en: http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:574aff5f-4217-4ab3-8c78-c267f3541288/formulario_derecho_acceso_3.pdf

Firma Electrónica para los ciudadanos común a todo el Sector Público Administrativo Estatal, basado en el uso de claves concertadas, conforme a lo previsto en el art. 13.2.c) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y conforme al Reglamento Europeo de Identidad y Firma Electrónica 910/2014.

La principal novedad que incorpora el sistema Cl@ve es la posibilidad de realizar firma electrónica mediante certificados electrónicos centralizados, es decir certificados electrónicos almacenados y custodiados por la Administración Pública. Estos nuevos canales son el canal cl@ve Permanente, cl@ve pin y cl@ve firma. Para utilizar la firma centralizada es necesario haber realizado previamente los siguientes pasos:

1. Registro de Nivel Avanzado en el sistema Cl@ve: el ciudadano proporciona sus datos de registro en el sistema, bien de forma presencial en una oficina ante un empleado público habilitado al efecto, o bien de forma telemática, previa autenticación del ciudadano mediante un certificado electrónico reconocido.
2. Activación de la Cl@ve Permanente; obtención de credenciales de acceso al sistema mediante identificador de usuario y contraseña, que debe ser custodiada por el ciudadano. La validez de la contraseña está limitada en el tiempo. Adicionalmente, y cuando el tipo de trámite lo requiera, la modalidad de identificación Cl@ve permanente podrá proporcionar un nivel de garantía en la autenticación superior, mediante una verificación de seguridad adicional a través de un código de un solo uso (OTP, "Once Time Password") que se envía al dispositivo móvil del usuario. Los requisitos de seguridad de las contraseñas para este sistema se publicarán en el portal Cl@ve (<http://www.clave.gob.es>).
3. Generación del certificado de firma. Esta acción se puede realizar de manera automática en el momento de realizar la primera firma, o en cualquier otro momento a voluntad del usuario.

Los certificados para poder realizar firma centralizada, son emitidos y custodiados por la Dirección General de la Policía. Dicha custodia se realiza de manera segura, de tal forma que sólo el propietario del certificado puede tener acceso a los mismos. La Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS), se constituye en Prestador de Servicios de Confianza, junto con la DGP que además, es Autoridad de Firma. La GISS queda encargada de la custodia de una copia de seguridad de los certificados con el mismo nivel de seguridad que el fichero original.

La expedición del Certificado irá asociada al soporte físico del documento que haya sido utilizado para el registro en Cl@ve y que será, en el caso de ciudadanos españoles el Documento Nacional de Identidad, en el caso de extranjeros comunitarios el Certificado de Registro de Ciudadano de la UE, acompañado del Pasaporte o documento de identificación del país del interesado, y en el caso de ciudadanos extranjeros la Tarjeta de Extranjero. La caducidad de estos documentos llevará aparejada la caducidad de los certificados asociados a los mismos.

Aunque es farragoso, es seguro y aún en desarrollo y joven dado que no han pasado aún ni 10 años desde la publicación de la LTBG, y a pesar de ello ya están muchos países, como México, interesados en este sistema. Para comprobar la eficacia de esta nueva herramienta accedí a la web y solicité el registro en cl@ve. Para ello se solicita un correo electrónico, un teléfono móvil, un DNI-e nuevamente y un IBAN, lo cual vuelve a restringir considerablemente la cota de población susceptible de solicitar información.

A ello le sigue el paso de recibir una carta postal no certificada al domicilio habitual indicado y se facilita un nuevo Código Seguro de Verificación (CSV) de 16 dígitos al que le continúa un paso más, entrar a la web clave dependiente de AEAT, con los bandazos burocráticos que ello constituye, y en última instancia introducir esta clave en el registro para poder introducir una contraseña que en el registro facilitan que hay que volver a usar esta vez para constituir una contraseña propia de 16 dígitos también que habrá que verificar posteriormente por un trámite de activación en la misma sede virtual.



GOBIERNO
DE ESPAÑA



IDENTIDAD
ELECTRÓNICA PARA
LAS ADMINISTRACIONES

JUSTIFICANTE DE ALTA EN EL SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN Y FIRMA CL@VE.

Número de expediente: 2017020820502477369704

Registro telemático con carta invitación y CSV

DNINIE: 77369704G

Apellidos y nombre: PALOMARES HERRERA MANUEL

Nº de Teléfono Móvil: 676800659

Fecha de validez del NIF: 15/01/2020

Córeo electrónico: manuel_cv_mph@outlook.es

Con fecha 08 de Febrero de 2017 ha sido dado de alta en el Sistema de identificación y firma Cl@ve. Recuerde que las claves obtenidas en este servicio son **personales e intransferibles** y le permitirán efectuar futuras presentaciones así como el acceso a otros trámites de la Administración.

App AERAT



Documento firmado electrónicamente (R.D. 1071/2003). Autenticidad verificable mediante Código Seguro Verificación FVZRM692TTAF9KYY en www.agenciadigital.gob.es

Esta es la carta que se remite al domicilio del solicitante:



GOBIERNO
DE ESPAÑA

cl@ve

IDENTIDAD
ELECTRÓNICA PARA
LAS ADMINISTRACIONES



Agencia Tributaria

Nº de Remesa: 00070350019



Nº Comunicación: 1796843300193

PALOMARES HERRERA MANUEL

PASEO ESTACION 33 PORTAL A, PLANTA 4, PUERTA E

23007 JAEN

JAEN

Estimado ciudadano:

Como respuesta a su **solicitud de alta en el sistema Cl@ve** le enviamos el Código Seguro de Verificación (CSV): **96PU8XPP3B5B9AYS**, con el que podrá registrarse en este sistema accediendo a la Sede Electrónica de la Agencia Tributaria, ruta: *Procedimientos, Servicios y Trámites (Información y Registro) -Otros Servicios - Registro y obtención de Cl@ve PIN, Trámites, Registro en Cl@ve con código seguro de verificación* o bien directamente desde los **Trámites Destacados** de la citada Sede.

Además del código indicado, y para mayor seguridad, deberá completar los datos de contraste que se le soliciten, fundamentalmente determinados bloques del código **IBAN** correspondiente a una cuenta bancaria de la que sea usted titular. A partir de ese momento quedará usted registrado y, cada vez que necesite acceder a algunos de los trámites habilitados para este sistema, deberá solicitar su clave de forma sencilla y rápida a través de la misma ruta anteriormente descrita, recibiendo dicha clave en su teléfono móvil.

El código **IBAN** sirve para identificar a nivel internacional una cuenta bancaria. Lleva 4 caracteres iniciales y, a continuación, el número de cuenta cliente - CCC- con 20 dígitos (la CCC que usted ya utilizaba). De los 4 caracteres iniciales, los dos primeros dígitos identifican el país (ES para España) y los dos dígitos siguientes corresponden a un código de control. (p.e.21). Este dato puede obtenerse en el extracto de cuenta y otras comunicaciones de los bancos, está disponible igualmente en las aplicaciones de banca electrónica de las entidades.

Ejemplo de código IBAN completo : **ES2114670120992012345693**

Con esta forma se envió el día 08/02/2017 a las 21:35 una solicitud de información al Ministerio de Presidencia y de Administraciones Territoriales como el siguiente justificante:



JUSTIFICANTE DE PRESENTACIÓN

Número de registro: 2017011254879
Oficina: 00000318 - REGISTRO ELECTRÓNICO
Fecha y hora de: 08/02/2017 21:18:04
Tipo de registro: Entrada

Interesados

Interesado

Nombre: MANUEL PALOMARES HERRERA
NIF: 77369704G

Representante

Nombre:

Información del registro

Resumen: Derecho de acceso
Asunto: Solicitud Acceso Transparencia

Expone:

Solicita:

[Ámbito] : UIT MPR y AATT - Presidencia del Gobierno (29)
[Información que solicita] : Estimado servicio,

Ante todo un cordial saludo. Solicito por la presente:

- Número de solicitudes de información pública que se han hecho en el año 2016.
- Solicitudes hechas por correo postal, por cl@ve, por lector dni-e, etc.
- Cuántas del total se han inadmitido y cuántas se han recurrido.
- Igualmente quisiera saber el número de solicitudes que ha recibido en 2016 cada organismo (Interior, Defensa, Casa Real...) de los ofrecidos en este procedimiento.

Muchas Gracias.

[Notificaciones y recepción de la información] : Deseo ser notificado a través del Portal de la Transparencia

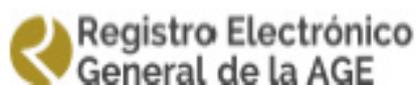
[Asunto] : Solicitudes de acceso a Información pública

[Notificación Sede] : Por Sede

Documentos

El registro realizado está amparado en el artículo 16 de la Ley 39/2015. De acuerdo con el art. 31.2b de la Ley 39/15, a los efectos del cómputo de plazo fijado en días hábiles, y en lo que se refiere al cumplimiento de plazos por los interesados, la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil.

Con la siguiente figura se comprueba el acto de recibir la hoja por la que comienzan la tramitación, que como puede verse más abajo, es tardía y fuera de tiempo.



JUSTIFICANTE DE PRESENTACIÓN

Número de registro: 2017013338051
Oficina: 000000318 - REGISTRO ELECTRÓNICO
Fecha y hora de: 07/04/2017 19:35:59
Tipo de registro: Entrada

Interesados

Interesado

Nombre: MANUEL PALOMARES HERRERA
NIF: 77389704G

Representante

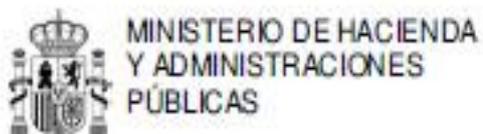
Nombre:

Información del registro

Resumen: Derecho de acceso
Asunto: Solicitud Acceso Transparencia

Expone:

Solicita: [Comparecencia] : La persona con documento de identificación 77389704G ha comparecido
[Expediente] : 001-011840
[Tipo] : Fichero
[Código asociado] :
[Archivo] : Notificación de comienzo de tramitación.pdf | hash:



Nº EXPEDIENTE: 001-011840
FECHA DE LA SOLICITUD: 8 de febrero de 2017



Documento de comienzo de tramitación

Se notifica que se ha procedido a tramitar su solicitud.

Con fecha 13 de marzo de 2017, su solicitud de acceso a la información pública con número 001-011840, está en OTAI del ministerio MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, centro directivo que resolverá su solicitud.

A partir de la fecha indicada, ha comenzado el cómputo de los plazos legalmente establecidos para contestar a su solicitud.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como se aprecia en la figura, ya desde el principio de la solicitud el portal indicaba que se encontraba en tramitación. No se entienden que más tarde ratifiquen que comienzan a tramitar y en una fecha posterior, con lo que burocráticamente se alarga el plazo.



Bienvenido al Portal de la Transparencia del Gobierno de España



- Categorías
- Ministerios
- Derecho de acceso
- Gobierno abierto y participación
- Más sobre la transparencia

[Inicio](#) / [Seleccionar Identificación](#) / [Consulta de solicitudes](#)

Sus solicitudes

Estado de sus solicitudes de información pública

Mostrar registros

Búsqueda

Expediente	Fecha	Estado	Notificaciones	Asunto	Acciones
001-011840	2017-02-08 21:18:04	Tramitación	-	Solicitudes de acceso a información pública	
Expediente	Fecha	Estado	Notificaciones	Asunto	Acciones

Mostrando registros del 1 al 1 de un total de 1 registros

[Anterior](#) [1](#) [Siguinte](#)

A continuación la resolución con el justificante de haber comparecido en sede virtual, forma con la que se concluye el proceso de solicitud empleado como ejemplo y prueba de la tesis.



MINISTERIO
DE HACIENDA
Y FUNCIÓN PÚBLICA

SECRETARÍA DE ESTADO
DE FUNCIÓN PÚBLICA

DIRECCIÓN GENERAL
DE GOBERNANZA PÚBLICA

Expediente: 001-011840

Nombre: Manuel Palomares Herrera

NIF: 77.369.704-G

Con fecha de 8 de febrero de 2017 tuvo entrada en la Unidad de Información y Transparencia del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales-Presidencia del Gobierno solicitud de acceso a la información pública al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, presentada por D. MANUEL PALOMARES HERRERA, que quedó registrada con el número 001-011840:

"Estimado servicio, Ante todo un cordial saludo. Solicito por la presente: - Número de solicitudes de información pública que se han hecho en el año 2016. - Solicitudes hechas por correo postal, por cl@ve, por lector dni-e, etc - Cuántas del total se han inadmitido y cuántas se han recurrido. - Igualmente quisiera saber el número de solicitudes que ha recibido en 2016 cada organismo (Interior, Defensa, Casa Real...) de los ofrecidos en este procedimiento. Muchas Gracias".

Con fecha de 13 de marzo de 2017 esta solicitud se recibió en la Oficina de la Transparencia y Acceso a la Información, fecha a partir de la cual empieza a contar el plazo de un mes previsto en el artículo 20.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, para su resolución.

Una vez analizada la solicitud, la Directora General de Gobernanza Pública, centro directivo del que depende la Oficina de la Transparencia y Acceso a la Información, resuelve **conceder el acceso a la información** a que se refiere la solicitud en los términos establecidos en el artículo 22.3 de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, indicándole que la información solicitada se encuentra publicada en el Portal de la Transparencia del Gobierno de España, al que puede acceder en el siguiente enlace: <http://transparencia.gob.es/>

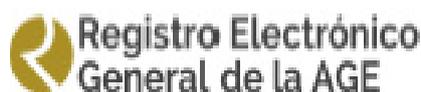


Concretamente, los datos sobre el número de solicitudes recibidas a través del Portal de la Transparencia, su forma de presentación, su distribución entre las distintas Unidades de Información de Transparencia de los Departamentos Ministeriales y las estadísticas sobre los tipos de resolución durante el año 2016 puede consultarlos en el siguiente enlace: http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:a0780820-b548-44e9-987e-fe5886f4b120/2016_12_31_Bolet%C3%ADn_Portal_en_cifras-1.pdf

Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del régimen del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), en el plazo de dos meses o, previa y potestativamente, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el plazo de un mes; en ambos casos, el plazo se contará desde el día siguiente al de la notificación de la presente resolución.

La Directora General de Gobernanza Pública
María Pía Junquera Temprano

Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : <https://sede.sede.frontera.es/consultas/consultasCSBV.htm>



JUSTIFICANTE DE PRESENTACIÓN

Número de registro: 2017013554642
Oficina: 000000318 - REGISTRO ELECTRÓNICO
Fecha y hora de: 18/04/2017 08:38:53
Tipo de registro: Entrada

Interesados

Interesado

Nombre: MANUEL PALOMARES HERRERA
NIF: 77389704G

Representante

Nombre:

Información del registro

Resumen: Derecho de acceso
Asunto: Solicitud Acceso Transparencia

Expone:
Solicita: [Comparecencia] : La persona con documento de identificación 77389704G ha comparecido
[Expediente] : 001-011840
[Tipo] : Resolucion
[Código asociado] :
[Archivo] : report_F. 11840 - RESOLUCIÓN Manuel Palomares Herrera.pdf | hash:

Una vez terminada la tramitación con la resolución dictada por el responsable de ofrecer respuesta por parte del Portal de Transparencia podemos concluir el procedimiento básico. Las conclusiones formales, cómo puede apreciarse, el ejercicio de este derecho no es ni fácil, ni accesible para todos, ni sencillo ni gratuito ni ágil, ni garantista. No es sencillo porque existe una fase previa donde ha de obtenerse una serie de claves a gusto del usuario que en cualquier caso demora 10 días. No es simple para cualquier persona pues se necesita una serie de conocimientos informáticos de software y navegación importantes y avanzados. Es un procedimiento que se demora en demasía y que no garantiza transparentemente el inicio de un plazo de inicio con el que se corresponde en el portal virtual. Tampoco es un proceso gratuito pues se requiere acceso a la línea de ADSL internet a la vez que un equipo informático, si bien se agradece la nueva vía de clave permanente o diaria que palia el defecto que suponía la necesidad de tener un caro lector de tarjetas.

Respecto a las conclusiones materiales puede verse la gran demora y extensión de plazos, pues el inicio de la solicitud comienza el 8/02/2017 y termina el 18/04/2017, 70 días después. Cuando más de dos meses después se obtiene respuesta, esta resulta ser vaga e indicativa, aludiendo a un link en el que se encuentra la información que se cree se solicita. Un link o enlace que deriva o remite a un documento de 23 páginas de diversa información entre la cual se ubica lo concretamente solicitado. El mero hecho de haber podido desarrollar personalmente esta experiencia de estudio del procedimiento es un éxito del derecho de acceso a la información. Partiendo de esta premisa y de los esfuerzos estatales en su desarrollo y evolución, podemos comentar y aconsejar la simplificación de trámites y la concreción de la información solicitada, haciendo especial hincapié en el cumplimiento de plazos.

I.2. Proyecto de reglamento de desarrollo de la LTBG

Si bien los reglamentos son una extensión pormenorizada derivada de una ley de la que se origina, el proyecto de reglamento³⁸ de desarrollo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en adelante PRLT, desarrolla única y exclusivamente el título primero de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno, en adelante LTBG por lo que esta merma respecto al resto de contenido de la LTBG supone algo poco común en las redacciones legales de modelo español, que el reglamento sea menos extenso que la propia ley que posee 40 artículos. Siendo 30 los preceptos del reglamento estructurados en seis títulos³⁹, dos las disposiciones adicionales y una la disposición final, encontramos un reglamento escueto respecto a la LTBG.

En este aspecto y teniendo en cuenta que España es el único estado que regula conjuntamente en un mismo texto las tres materias que resume en título de la ley, saltan a la vista las críticas emitidas por una parte importante de la comunidad jurista durante la tramitación de la LTBG respecto a la conveniencia de revisar su estructura, defendiendo la supremacía e importancia de la transparencia y su incompatibilidad normativa o necesidad de diferenciación con el Buen Gobierno a pesar de sus vínculos, por lo que se sugería suprimir el título II que lo contiene para, si fuere relevante, tramitar este contenido como proyecto de ley independiente⁴⁰.

³⁸ El texto analizado en esta sección se encuentra digitalmente disponible en: <http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:328f1e5f-86de-4f59-83f9-fad26b902649/proyecto-reglamento-ley-de-transparencia.pdf>

³⁹ Los seis títulos ordenadamente se rubrican: Disposiciones generales; Publicidad activa; Derecho de acceso a la información pública; Régimen de impugnaciones; La Oficina de la Transparencia y Acceso a la Información; Las Unidades de Información de Transparencia y el Portal de Transparencia.

⁴⁰ Los representantes de la comunidad jurista, GUICHOT y SÁNCHEZ DE DIEGO entre otros así lo esgrimieron en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados el 12/2/2013. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-254.PDF , pp. 17 y 26.

Se destaca por su ausencia en el desarrollo del PRLT el título III de la LTBG, referente al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en adelante CTBG, institución que en su propio informe sobre el proyecto⁴¹ echa de menos y critica esta carencia señalando que las respectivas previsiones de la LTBG deberían ser parte del desarrollo reglamentario⁴² y que este vacío deja en evidencia el art. 9 de la LTBG.

De esta manera, esta norma que regula el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa dispone que *“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”* y en el proyecto salta a la vista que la *“previsión reglamentaria”* en el reglamento, sin justificación alguna, no figura. Si en adición tenemos en cuenta que la ley en cuestión fue muy criticada por su manifiesta falta de concreción a este respecto amparándose en un futuro desarrollo reglamentario, ya es llamativo que el proyecto tampoco se pronuncie sobre aspectos fundamentales de la actividad del CTBG. Quedarían difusos en el proyecto aspectos como si es sancionable o no el incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa⁴³, si al consejo le corresponde instar el ejercicio de la potestad disciplinaria simplemente o ejercerla de forma directa, queda en blanco la previsión del proceso sancionador de los incumplimientos imputables a altos cargos no sometidos a un régimen disciplinario funcional concreto, y por último el aspecto de

⁴¹ Informe del CTBG al que puede accederse en el siguiente enlace:

http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/consejo/criterios_informes_consultas_documentacion/informes.html

⁴² Se ha desarrollado el estatuto de este organismo por Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre aunque señala el CTBG en dicho informe, por su propia naturaleza el estatuto del mismo regula únicamente aspectos técnico y de funcionamiento.

⁴³ VILLORIA MENDIETA, M., *La publicidad activa en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias*, Colección Govern Obert núm. 1, 2014, pp. 57 y ss., o GUICHOT. E., (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 198. Disponible en: http://transparencia.gencat.cat/web/.content/pdfs/governobert_1_es.pdf

no considerar de carácter básico este art. 9 LTBG, con lo que se supone que cada Comunidad Autónoma pueda decidir si en su ámbito jurisdiccional y en las Entidades Locales Autónomas de su circunscripción como crea oportuno, con las diferencias pertinentes que puedan poner en tela de juicio el principio de igualdad y el qué es sancionable.

A favor del PRLT, se ha de destacar que estos aspectos a los que nos referimos no se pueden resolver en forma de reglamento aunque sí debería al menos concretarse puntos como la línea interpretativa del repetida inobservancia de los compromisos de publicidad activa como formalidad prevista en el art. 9.3 de la LTBG para considerar que se ha cometido una infracción grave o el procedimiento remitido al desarrollo reglamentario, reflejando que el CTBG tiene la facultad de instar del órgano correspondiente la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento disciplinario, pero no de ejercer dicha instrucción, reduciéndose su competencia únicamente a la instancia.

Si bien el proyecto en su conjunto ofrece contenido interpretativo el análisis pone el foco sobre los cuatro títulos primeros por orden de importancia sin entrar a valorar los dos últimos títulos rubricados “*La Oficina de la Transparencia y Acceso a la Información*” y “*Las Unidades de Información de Transparencia y el Portal de Transparencia*” por entenderlos nítidos al ser las descripciones técnicas y estructurales habilitados siendo elementos más procesales que sustantivos.

Respecto al ámbito de aplicación subjetivo del reglamento, recogido en el art. 1 del mismo, parece ser que poco se aleja de lo enumerado en la LTBG en su primer capítulo del título uno de los artículos primero al cuarto, siendo la única alteración el segundo punto del citado art. 1 PRLT el cual establece como ámbito subjetivo de aplicación el siguiente:

a) *La Administración General del Estado.*

b) *Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.*

c) Los organismos autónomos, las agencias estatales y las entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

d) Las entidades estatales de Derecho Público que, con independencia funcional o una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

e) Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, incluidas las Universidades Públicas.

f) Los consorcios adscritos a la Administración Pública estatal conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

g) Las sociedades mercantiles estatales en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.

h) Las fundaciones del sector público estatal previstas en la legislación en materia de fundaciones.

i) Las asociaciones constituidas por los organismos y entidades previstos en las letras anteriores de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 i) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Lo más destacable a reseñar en esta formulación es la desacertada referencia dirigida a la extinta Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que se preveía iba a ser desdoblada y actualizada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas junto con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público por dar al lector,

bien sea ciudadano o funcionario, docto o lego en la materia facilidades y no trabas, no solo por la calidad y actualización de su formato, sino por la operatividad legal.

Podría recriminarse a esta apreciación que la aplicación de la LRJPAC se extiende hasta el dos de noviembre de 2016, fecha en que entra en vigor las nuevas que la reemplazan, pero ello no quita la posibilidad de añadir una disposición transitoria que exprese tal circunstancia o directamente poner en el artículo las nuevas leyes, adelantándose a la entrada en vigor y dando una lección de anticipación a los hechos.

En segundo lugar y en comparativa directa con la LTBG, aparecen taxativamente los consorcios adscritos a la Administración General del Estado, si bien algunos autores⁴⁴ ofrecían la posibilidad de que éstas se entendiesen incluidas dentro del art. 2.1.i) LTBG.

Los consorcios por lo tanto toman una importancia desconocida en su reconocimiento hasta el momento, y esto es un paso importante pues ofrecen un servicio ciudadano destacable que ahora gana en calidad al estar obligados a garantizar una publicidad activa propia. Digo desconocida hasta el momento en los consorcios porque al no estar incluidos los consorcios en el apartado i) se singulariza su condición en contra de lo que establece la LTBG y se pasan a considerar los consorcios como Administración Pública tal como expresamente revela el art. 1.3 PRLT “*A los efectos de este reglamento, tienen la consideración de Administración Pública los organismos y entidades incluidos en las letras a) a f)*”.

Expuesto que los consorcios están obligados a mantener una publicidad activa, se ha de apreciar un conflicto en esta afirmación cuando el mismo reglamento excluye de publicar su información correspondiente en el Portal de Transparencia como sí tienen que hacer el resto de administraciones públicas con lo que se crea un estatus especial

⁴⁴ MESEGUER YEBRA, J., “El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, mayo de 2014, p. 8. Disponible en: http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/128431934

para el consorcio que queda poco claro cuando llegamos al art. 28 PRLT que así lo reza en su remisión al art. 10 LTBG.

Otra novedad respecto al ámbito subjetivo de aplicación previsto en la LTBG que desarrolla, es la llamativa ausencia de los principales órganos constitucionales del estado español como son la Casa Real, las corporaciones de Derecho Público, las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas que puede justificarse en que el PRLT se limita a establecer los entes sujetos al cumplimiento de garantizar una publicidad activa sin tener que ampliarlas y a regular el régimen interno de la Administración respecto con su objeto.

Por consiguiente debe ponerse en valor la naturaleza constitucional por la singular posición de gran parte de las instituciones que aducen el reconocimiento de un modelo concreto de autonomía jurídicamente establecido en las leyes orgánicas que las desarrollan, describen y desglosan, lo que excluye que lo que dispongan estos organismos en el ejercicio de sus funciones puedan ser inspeccionados por instituciones como la que nos ocupa, pues podría interferir tanto en su independencia como en la propia separación de poderes.⁴⁵ Pasando al análisis del Sector Público concedente de contratos como otro sujeto de aplicación, hemos de hacer dos consideraciones, una respecto a su influencia autonómica y otra en la contradicción respecto a la LTBG.

⁴⁵ En esta apreciación se encuentra una razón más de provecho para romper otra lanza a favor de la reforma constitucional, por la que abogo en la tesis, que eleve el derecho de libre acceso a la información a la categoría iusfundamental de nuestro Estado de Derecho para culminar el proceso que consolide el considerado Estado de la Transparencia asimilando nuestra carta a la de nuestros socios europeos y abriendo la posibilidad de hacer orgánica la LTBG. Dictamen del Consejo de Estado al ser consultado por el anteproyecto de la LTBG, con el objeto de plantear la denegación de la reclamación potestativa anterior a la fase judicial respecto a las decisiones que pudieran adoptar estos órganos. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707> .

En primer lugar, si bien el ámbito subjetivo de aplicación en cuestión alberga exclusivamente la porción estatal central, no hemos olvidado la aplicación subsidiaria de parte de su contenido en otras administraciones de calado autonómico tal como reza el art. 149.3 CE referido al reparto competencial *“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”*.

Esto ocurre en los arts. 12 y 18 del PRLT en alusión a las causas de inadmisión de la solicitud de información considerada en curso de elaboración o cuando la solicitud se considere impertinente (como la reiteración abusiva e injustificada de la solicitud) el primer precepto o la interpretación que se hace de los límites al derecho de acceso a la información el segundo, los cuales se entienden incluidos en la garantía de confidencialidad e intimidad requeridas en las tomas de decisión.

La supletoriedad de esta norma será más notoria en las CCAA y sus respectivas Entidades Locales que tengan sin aprobar aun sus disposiciones en razón de transparencia cuando se apruebe el proyecto que analizamos teniendo en cuenta que la LTBG entró en vigor para estas en 2015⁴⁶, aunque gran parte ya tienen desarrolladas sus normativas al respecto⁴⁷.

⁴⁶ El 10/12/15 concretamente en virtud de la disposición final novena de la LTBG, la cual dispone que *“la entrada en vigor de esta ley se producirá de acuerdo con las siguientes reglas... Los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley”*.

⁴⁷ Han aprobado sus respectivas normativas: Andalucía (Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía), Aragón (Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón), Islas Baleares (Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares), Canarias (Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública), Castilla y León (Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León), Cataluña (Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), Comunidad Valenciana (Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunidad Valenciana), Galicia (Ley 4/2006, de

Continuando con el análisis de los sujetos a los que implica este reglamento, aparte de la contradicción en el desarrollo de los consorcios, encontramos otra en las entidades privadas que perciban financiación⁴⁸ y a las personas físicas y personas jurídicas que presten servicios públicos o posean competencias administrativas junto a los adjudicatarios de los contratos del sector público⁴⁹ pues establece que en las estipulaciones que se cierren en su caso conforme a la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada en Texto Refundido por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se deberán manifestar expresamente los medios en que los adjudicatarios de financiación por medio del contrato publicarán la información referente al mismo. Sin embargo y en contraposición del proyecto, el artículo 4 de la LTBG únicamente obliga a informar a los adjudicatarios para el cumplimiento por parte de los organismos del sector público de las indicaciones de publicidad de los contratos desarrolladas en el art. 8.1.a) de la LTBG (*“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”*).

30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega), Extremadura (Ley 4/2013, de 21 de mayo, de gobierno abierto de Extremadura), Murcia (Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de transparencia y participación ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), Navarra (Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la transparencia y del gobierno abierto), La Rioja (Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de transparencia y buen gobierno de La Rioja). En Castilla-La Mancha se ha publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de fecha 24 de noviembre de 2015 la apertura del periodo de información pública sobre el correspondiente anteproyecto de ley y en el País Vasco a dicha fecha se está tramitando el proyecto de ley en el Parlamento.

⁴⁸ De acuerdo con lo que figura en la disposición adicional primera del PRLT en virtud del art. 3 apartado b) de la LTBG.

⁴⁹ De acuerdo con la disposición adicional segunda del PRLT.

Esta contradicción supondría, a partir de la aprobación del PRLT, la asimilación de los contratos públicos a las subvenciones concedidas por la Administración ya que tienen la obligación de dar publicidad tanto las entidades concedentes de la partida, como los entes privados que la perciben si alcanzaren en un año los cien mil euros o el cuarenta por ciento de todos sus ingresos anuales y se presenten en concepto de ayuda pública o subvención llegando a los cinco mil euros al menos.

Si partimos de la base de que se ha de permitir al ciudadano, al trabajador, al empresario, al ciudadano, al padre, a la madre, al hijo o al funcionario que se asome a la caja para saber a qué se dedica el administrador estatal con su dinero, partimos de la visión acertada de considerar este derecho como una visión de dignidad que hace necesario el reconocimiento de acceso a la información como derecho fundamental desde que la cosa administrada es una cosa pública, y por tanto una cosa común.

Del reglamento presentado debemos hacer referencia nuevamente con referencia al desarrollo proyectado del derecho de acceso a la información en los arts. 12 y al 18 PRLT. En primer lugar el art. 12 del PRLT concreta los supuestos a considerar frente a las causas de inadmisión de las solicitudes para aplicar de forma homogénea estos supuestos por sus órganos correspondientes desarrollando cuando se debe estimar que ciertos datos se encuentra en proceso de generación, cuando tiene que entenderse que una solicitud es objetiva y abusivamente reiterada para motivar un rechazo o cuando debe tener carácter auxiliar o de apoyo o que necesita previamente un proceso de reelaboración.

En segundo lugar, en el art. 18 PRLT donde establece que *“los límites al derecho de acceso establecidos en el art. 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, deberán ser objeto de aplicación justificada, proporcionada a su objeto y finalidad y con atención a las circunstancias del caso concreto, especialmente la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique la limitación o denegación del acceso”* vemos que se recogen los límites del derecho de acceso, se aprecia otra incoherencia o antítesis respecto al art. 14.2 de la LTBG que dispone que *“la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un*

interés público o privado superior que justifique el acceso”. Como es evidente comparando frontalmente uno y otro, el interés privado o general no motivaría el acceso, sino que por el contrario, lo rechazaría.⁵⁰

Si bien es cierto que los intereses privados desnudos no justifican el acceso a la información, no podemos negar que el PRLT deja en entredicho lo establecido en la LTBG ya que el interés general debe valorarse positivamente y a favor para motivar la admisión del acceso a la información en el caso de existir impedimentos que lo puedan limitar.

Lo previsto en la LTBG no respeta el concepto ni el fundamento del derecho de acceso a la información, en el que se ha de excluir la discrecional puesta en apreciación de intereses particulares de aquel que solicita, puesto que el objetivo es realizar un ejercicio indeterminado de ponderación entre opinión pública y el interés general del facilitamiento de la información pública y el menoscabo al interés público o privado confrontado⁵¹. La inclusión en la LTBG de la distinta ponderación del interés público de la de un interés privado es un flaco favor al derecho de acceso a la información fundamentado como derecho autónomo en pos de la participación, el gobierno abierto y el control de la gestión pública y no como un derecho al servicio de la AEPD.

Analizando el título II del PRLT contemplamos que existen varias contradicciones, carencias o indefiniciones referentes a las previsiones del título I capítulo II de la LTBG.

⁵⁰ Esta contradicción ha sido tomada en cuenta por Access Info Europe y la Coalición Pro Acceso los cuales consideran que el cambio afecta notablemente el derecho legalmente establecido, contradiciendo las líneas internacionales, como la Convención sobre el Acceso a Documentos Oficiales del Consejo Europeo de Tromsø de 18 de junio de 2009 en virtud del cual la prueba de interés público debe aplicarse de forma positiva y a favor de la transparencia. Reporte de ambos sobre el PRLT disponible en: http://www.access-info.org/wpcontent/uploads/2015_07_10_Comentarios_AIE_Reglamento.pdf

⁵¹ GUICHOT, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Editorial Tecnos, 2014, pp. 118 y ss.

De la regulación *top down* de arriba a abajo alojada en segundo título del PRLT, resaltar en primer lugar que no amplía sustancialmente lo previsto en la LTBG en su art. 5.2 como principio general el cual reza que *“las obligaciones de transparencia se entienden sin perjuicio de otras disposiciones que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad, ha sido ampliamente solicitada por las organizaciones de la sociedad civil, como veremos a continuación”*.

En segundo término, respecto a la información jurídicamente relevante, debemos mencionar las limitaciones contenidas en los arts. 6 y 7 del PRLT sobre la publicidad de los proyectos reglamentarios, al entrar en conflicto con lo previsto en la LTBG que desarrolla, lo que supone una de las críticas más destacables al proyecto de reglamento.

Primeramente el art. 7 b) LTBG determina que serán publicados los proyectos de decreto legislativo y los de leyes ordinarias, en el momento de la solicitud de resolución al órgano consultivo correspondiente o en el acto de su aprobación si este fuese facultativo por lo que se desprende que se llevará a tal fin en el acto de aprobación parcial como anteproyecto o como proyecto, no en el de su aprobación definitiva. A continuación, la misma norma solo dispone que estos sean publicados, destacando que cuando la solicitud sea obligatoria de resolución, en el acto en el que hayan sido solicitados sin que por ello tenga que procederse a una audiencia pública.

Por el contrario el art. 6.1 del PRLT determina que los anteproyectos de ley, los proyectos de reales decretos legislativos y los proyectos de reales decreto se publicarán solo cuando sean planteados ante órganos consultivos si fuese preceptivo o una vez aprobado el proyecto de ley y remitido el expediente a las Cortes Generales y en el acto de ser publicados en el BOE en el caso de los reales decretos y reales decretos legislativos. Si recordamos que el art. 109 del Reglamento del Congreso⁵² dispone la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y los proyectos de reales

⁵² Esta norma al respecto reza que *“los proyectos de ley remitidos por el Gobierno irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos. La Mesa del Congreso ordenará su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío a la Comisión correspondiente”*.

decretos legislativos y reales decretos una vez anunciados en el BOE, vemos que no hay motivo para publicar algo que está sobradamente expuesto. Es por ello que todo lo previsto en la LTBG queda parco de contenido tras el PRLT en los casos en que no es necesario emitir dictamen, pues los anteproyectos de ley se publicarán como proyectos de Ley y remitidos a las Cortes una vez aprobados por el Consejo de Ministros. Analizando esta situación en relación con los proyectos de reglamento, hay un pronunciamiento del informe del CTBG sobre el PRLT⁵³, que cita a la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en sus reportes de mejora normativa, aludiendo al menester de que los bocetos de normas han de facilitarse con la suficiente holgura para que exista espacio para estudiar, sopesar todas las opciones de regulación y proponer enmiendas.

Si nos centramos en la publicidad de información pública económica, presupuestaria, monetaria o estadística, hemos de comenzar por los contratos públicos en primera instancia ya que son una de las materias en que más ahínco y más exigencias se han realizado por parte de la opinión pública hacia la LTBG.⁵⁴ La contratación es uno de los espacios donde existen más controversias por el carácter económico del que nace la típica tentativa a la corrupción y aquí es donde encuentra la consolidación del Estado de la Transparencia uno de sus fundamentos más primitivos y necesarios, la satisfacción de las necesidades ciudadanas para la promoción de la ética pública junto con la privada

⁵³ Disponible en:

http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/consejo/criterios_informes_consultas_documentacion/informes.html

⁵⁴ Como destaca la organización Transparencia Internacional España en sus informes de “*Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción*”, presentadas el 2/11/2015. Propuestas accesibles en el siguiente enlace de la propia organización:

http://transparencia.org.es/wpcontent/uploads/2015/11/40_medidas_electorales_partidos_prevenir_corrupc.pdf

representada por las empresas, ya iniciadas en el *compliance empresarial*⁵⁵ para garantizar el cumplimiento.

Entre la lista de propuestas planteadas por la ONG figura una medida básica, la publicidad de la ejecución contractual y los documentos completos sobre las subcontratas al igual que cualquier subsanación contractual ulterior, el mejorar la información de los informes previos, la elaboración y forma del documento convenido, publicitar el estatus de los licitadores, los posibles conflictos de intereses, la ejecución del contrato con un seguimiento integral, así como la obligatoriedad de publicar un análisis comparado sobre los costes efectivos de servicios similares para ofrecer a la opinión ciudadana una visión total y absolutamente limpia de la gestión realizada por las administraciones junto con habilitar un procedimiento que sirva de elemento disuasorio a quien pretenda lucrarse o hacerse con dinero destinado a otros menesteres que no son precisamente acabar en una cuenta de un paraíso fiscal bananero.

Por su parte, el Consejo de Estado, como órgano consultivo que es, manifestó algunas previsiones que podrían añadirse para lograr la finalidad perseguida por la iniciativa de transparencia en su dictamen sobre el anteproyecto de la LTBG como era publicar el número de licitadores que presenten ofertas, las ofertas económicas que hacían, sus puntuaciones obtenidas, el régimen de subcontratación de cada uno de los contratos y los supuestos de incumplimiento. De esta forma, añadiendo dichas apreciaciones se obtendría una información fehaciente y comprometida sobre el modo concreto en que se desarrollan los procesos y adjudicaciones contractuales y sobre las circunstancias que rodean su desarrollo posterior.

⁵⁵La definición del Comité de Basilea de cumplimiento es: una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas.

Disponible

en:

www.fef.es/new/publicaciones/.../554_88b2948c1df112819f30910800ea4116.html

Junto a la citada organización y al Consejo de Estado, autores como BLANES CLIMENT por su parte añaden que los documentos que figuran en el propio documento de contratación deberían publicitarse, como son los diferentes dictámenes periciales de los técnicos, de servicios de asesoría jurídica o de intervención emitidos en el procedimiento junto a las actas del órgano en la sesión de contratación⁵⁶. Si la publicidad activa ejercida sobre los contratos públicos ha sido la punta de la transparencia contra la corrupción, hemos de continuar por la política de subvenciones públicas como necesidad en este proyecto que analizamos. El sector de las ayudas es el espacio al que se dedican las *“Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción”* de Transparencia Internacional España. Este sector se establece como un componente político imprescindible de la función social del Estado para garantizar el bienestar de la nación, del que se desprende el matiz monetario como carácter básico y estructural de dicha política social tan expuesta a la corrupción por medio de desviaciones a intereses privados que van en contra de lo que persigue el Estado de la Transparencia como paso previo al Estado de Derecho y Bienestar. De las muchas políticas que propone el documento sobre transparencia, se encuentra citando alguna, la de publicar todas las sanciones firmes identificando a los sujetos sancionados a modo de lista negra con datos como la ayuda o subvención, la razón de la sanción etc.

Finalmente y como reflexión, aunque la LTBG y el PRLT supongan una novedad que parapeta actitudes desleales al sentido de Estado y en muchos aspectos supongan un avance en la materia, muchas de sus acciones son manifiestamente insuficientes y mejorables en lo que a contratación y subvenciones se refiere por lo que parece que el PRLT no profundiza demasiado en las previsiones de la LTBG, en contra de lo que sí han hecho algunas normativas autonómicas como la andaluza o el anteproyecto de la normativa manchega en la materia a la hora de incluir las agendas públicas dentro de los objetos susceptibles de publicidad. Así pues, la Ley 1/2014, de 24

⁵⁶ BLANES CLIMENT, M., *El decepcionante Proyecto del Reglamento de la Ley 19/2013 de Transparencia*. Sitio web personal disponible en: <http://miguelangelblanes.com/2015/06/11/eldecepcionante-proyecto-del-reglamento-de-la-ley-192013-de-transparencia/>

de junio, de Transparencia Pública de Andalucía establece un elemento de buen gobierno conocido solo en estados nórdicos como es la obligatoriedad de publicar a las agendas institucionales de la Asamblea, la Junta de Gobierno, las Consejerías etc.

El régimen de impugnaciones se caracteriza en el PRLT por plasmar idénticas medidas que las que ya figuran en la LTBG, no se sabe si con ánimo ratificador o por considerarlo taxativo, en cualquier caso hemos de hacer mención a un aspecto relacionado con el régimen que analizamos, el CTBG.

Este aspecto que anunciamos en la introducción de este epígrafe se refiere al CTBG por su protagonismo en la garantía del derecho de acceso a la información pública. La obligatoriedad de cumplimiento de la LTBG para las CCAA y los Ayuntamientos en su circunscripción deja en el terreno de lo oscuro y de la duda algo en lo que tampoco pone luz el PRLT. Esta duda es si el consejo tiene la potestad para solventar las reclamaciones previstas en el art. 24 de la *LTBG* (“...*toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa...*”) que se sigan en su caso a las resoluciones expresas o presuntas, en materia de acceso dictadas por las CCAA y Ayuntamientos dentro de su ámbito territorial para los supuestos en que no se suscriba un correspondiente convenio con la Administración General del Estado para atribuir la competencia al CTBG y tampoco se atribuya la competencia o la potestad para dicho fin a una institución concreta, en virtud de la disposición adicional cuarta.

A grandes rasgos parece desprenderse que el objetivo de la LTBG era continuar la línea propuesta en la LOPD respecto a la competencia de la AEPD, por lo que el CTBG sería el competente homólogo para resolver las reclamaciones si no se ha creado un órgano específico o se haya suscrito o no por parte de la CCAA un convenio con la administración central⁵⁷. No obstante lo anterior, el presidente del CTBG adoptó una solución amparándose en el pronunciamiento la Abogacía General del Estado al

⁵⁷ GUICHO, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Editorial Tecnos, 2014, pp. 350-351.

respecto⁵⁸ sobre la cuestión a petición del propio CTBG, determinando que en dichos supuestos la competencia para resolver reclamaciones no podrá ser ejercida por el CTBG, al estar atribuida la competencia por ley al órgano correspondiente que se determine por la CCAA correspondiente, con la única excepción de que se atribuya la misma por la correspondiente CCAA al CTBG a través de la suscripción de un convenio en el que se estipulen las condiciones en las que el ente autonómico sufragará todos los gastos derivados de dicha competencia.

En primer lugar se debe valorar positivamente los esfuerzos que se hagan en la materia aunque son manifiestamente mejorables, especialmente el desarrollo referente al ejercicio del derecho de acceso a la información pública por la clasificación y concreción de supuestos que pueden dar lugar a la inadmisión de una solicitud ya que esto podrá dar pie a una regulación más operativa y eficaz de la norma por parte de todas las instituciones correspondientes con competencia en la materia. Dicho lo cual y en su detrimento se pueden enumerar algunas contradicciones y limitaciones que se sugieren como objeto de reparación en la redacción final del texto antes de su publicación comenzando por apreciar una extensión extremadamente sucinta con lo que se deja en manos de las CC.AA ciertos aspectos como el del citado art. 9 de la LTBG anteriormente comentado que debería quedar plasmado en el proyecto.

Con este análisis queda de manifiesto que tampoco se regula ninguna cuestión a las que se deposita el desarrollo reglamentario por parte de la LTBG cuando ese habría de haber sido el punto de partida, como es el procedimiento para el control por parte del CTBG del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa. El PRLT desarrolla el título I de la LTBG, designando los órganos responsables del cumplimiento de las obligaciones relativas a la publicidad activa y estableciendo la organización interna de la Administración General del Estado pero deja pasar la ocasión de establecer un mayor

⁵⁸ Disponible en:

http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/dms/ctransp/consejo/informes_consultas_criterios/Informes/informes_abogaciaestado/2INFORME_competenciasCTBG_CCAA/2INFORME_AE_competenciasCTBG_CCAA.pdf.

campo al régimen de publicidad activa, como sí han hecho al dictar su propia normativa varias CCAA y como vienen sugiriendo las distintas organizaciones de la sociedad civil.

Otra conclusión es que se incurre en algunas contradicciones respecto a las previsiones de la LTBG, principalmente la relativa a la publicidad de los disposiciones normativas, pues el PRLT deja en evidencia las medidas establecidas en la LTBG al respecto, cuya finalidad es posibilitar el conocimiento de las normas por parte de la ciudadanía a la mayor brevedad, garantizando una transparencia en el Poder Legislativo como parte del Estado de la Transparencia.

El último de los aspectos destacables de este análisis es objeto de la presente tesis, el eterno debate respecto a la naturaleza del derecho de acceso a la información pública sobre si esta garantía de acceso forma parte del derecho fundamental por vinculación al derecho de información del art. 20.1 CE, del derecho a la participación política del art. 23.1 CE o si se ha de considerar como desarrollo del art. 105 CE, tal como se decidió, relativo al derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. Este es, con razón, uno de los principales puntos de discusión durante la tramitación de la LTBG y el PRLT en la comisión del Congreso, con la unanimidad de la opinión facultativa en favor de la primera opción y por parte de los grupos políticos y otras fuerzas extraparlamentarias antes de la LTBG (actualmente parlamentarias como Podemos o Ciudadanos⁵⁹ tras el 20-D) expertos en la materia que comparecieron en tal Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados⁶⁰ y de las

⁵⁹ El partido Ciudadanos en sus “*Propuestas de regeneración democrática e institucional*”, presentado en noviembre de 2015, abogó por incluir en el art. 23 CE el derecho a la transparencia (publicidad activa y acceso a la información) en alusión s la información en manos de las Administraciones y del Gobierno. Disponible en: https://www.ciudadanoscs.org/var/public/sections/page-nuestras.ideas.reformas-democraticas-institucionales/reformasdemocraticas-institucionales.pdf?__v=136_0

⁶⁰ Aunque el contenido se analizará en otro apartado, es conveniente adelantar que a favor de la consideración de este como derecho fundamental se encuentran, por citar algunos, autores como VILLORIA MENDIETA, M., GUTIÉRREZ RUBÍ, A., o SÁNCHEZ DE DIEGO. M. Disponibles sus argumentos en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-308.PDF (pp. 2 y

organizaciones de la sociedad civil⁶¹ con lo que vuelvo a romper otra pica en esta tesis a favor del reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho fundamental y la exigencia de elevar la LTBG a la categoría de orgánica en un futuro reformista.

Si bien la LTBG optó por considerar el fundamento de la misma fruto de la segunda opción referente al desarrollo del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros quizás por el contexto socio-político del momento y el estado de alarma social nada propicio para reformas constitucionales, es posible que en un futuro próximo deba modificarse esta ley para adoptar la primera opción que considera como Derecho fundamental.

I.3. En Comunidades Autónomas y Entidades Locales: Breve alusión al régimen sancionador autonómico

Como no podía ser de otra manera para una Ley estatal de este tipo, da un alcance directo a las CC.AA. Este alcance, desprendido de los arts. 2.1, 5.2, 12.1 y 22.4 LTBG, sirve para darnos cuenta sin demasiada dificultad de su aplicación directa a las CCAA.⁶² El escenario espacio tiempo vuelve a ser adverso y similar al del desarrollo de la LTBG. Se ha encontrado el legislador con un contexto bastante caldeado y poco halagüeño. En este sentido, cree LLOP RIBALTA, en relación a la cuestión autonómica, que existe una *“atmósfera de malestar y desconfianza ciudadana ante la*

8) y http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-254.PDF (pp. 18 y 26).

En contra de esta consideración se manifestó principalmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-254.PDF (p. 27).

⁶¹ Principio defendido por la Coalición Pro Acceso. Disponible en: <http://www.proacceso.org/#principios> .

⁶² RIDAO MARTÍN, J., “La transparència i el dret d’accés a la informació pública en la llei catalana 19/2014: Reflexions entorn al seu abast i al marc competencial en què s’insereix”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, p. 9.

pérdida de capacidad real para cumplir una de sus funciones principales: el control de los gobiernos y la exigencia de rendición de cuentas”.⁶³

Por otro lado, en la línea de la tesis, destacar que si situásemos el derecho de acceso a la información pública y la transparencia en el marco de los derechos fundamentales estaríamos abriendo también la puerta de forma clara para que esa forma de comportamiento público sea extensible a todos los poderes públicos y a todas las escalas, incluida la autonómica y que su reclamación por parte de los ciudadanos ante incumplimientos tenga una máxima protección.⁶⁴

Aludiendo brevemente a las regulaciones en acceso a la información y transparencia autonómica y localmente, ha de especificarse que respecto a la forma de abordar las CCAA sus premisas en transparencia han sido distintas al ser elaboradas por unas antes de la LTBG y otras después en virtud de la puesta en vigor de la norma en base a su disposición final novena *“Los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley”*.

Si atendemos legislativamente a este más que amplio lapso de tiempo de dos años y aludimos a la esencialidad y a las imprescindibles especificaciones de calado que posee la LTBG, ofrece a las CCAA un campo de trabajo abierto a la norma para profundizar en cuestiones como sus propios consejos, plazos o procedimientos. En este sentido RIDAO MARTÍN destaca que *“es obvio que queda un margen implícito*

⁶³ LLOP RIBALTA, M., “Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en los Parlamentos”, *Cuadernos de la Fundación Giménez Abad*, n. 4, 2012, pp. 66 y 67.

⁶⁴ ARANDA ÁLVAREZ, E., “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, 2013, pp. 214-230.

*suficientemente amplio para que el legislador autonómico prevea regímenes propios y más amplios que los previstos en la legislación estatal”.*⁶⁵

Este retraso en la normativa ordinaria estatal sobre transparencia y acceso a la información ha hecho que diversas CCAA hayan tomado la delantera aprobando sus diversas normas sobre la materia. El resultado de la publicación de normativas en la misma materia sobre los mismos contenidos en cada región, provincia y municipio ha supuesto una verdadera transversalización que ha difundido los principios y bondades de la norma, pero en la forma no puede negarse las excesivas duplicidades. Que un acto como el de solicitud de información pueda ejercerse por tres vías distintas, existan órganos con mismas competencias, con los cuerpos y financiación que ello supone, deriva en una red legislativa sobredimensionada en menos de 10 años. Son ciertas las peculiaridades culturales e históricas de los pueblos de España, pero ello no quita que en su momento se haya podido estructurar una norma concisa pero con márgenes a disposición de las autonomías y por supuesto, un solo, pero rígido y potente órgano de control con sedes autonómicas si hubiere sido necesario, pues la excesiva descentralización del aparato administrativo sin un debate profundo incide en la ineficacia e ineficiencia de los servicios públicos y en una inflación legislativa y de órganos que se deja ver en las partidas que absorben para mantenerse.

No obstante lo anterior, ha de ofrecerse espacio al desarrollo de las mismas para valorar sus resultados y su evolución.⁶⁶ Esta valiente disposición en afrontar una materia en la escala autonómica sin haber existido aún el debate propio en las Cortes siembra un antecedente de peso de donde se recogieron experiencias, todas ellas como avanzadilla de la LTBG. El caso de las Islas Baleares⁶⁷ (Ley 4/2011 de la buena administración y

⁶⁵ RIDAO MARTÍN, J., “La transparència i el dret d'accés a la informació pública en la llei catalana 19/2014: Reflexions entorn al seu abast i al marc competencial en què s'insereix”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2015, p. 32.

⁶⁶ Existen indicadores de cumplimiento de la transparencia que mide la calidad democrática por CCAA. Disponible en: <http://mapainfoparticipa.com/index/home/2>

⁶⁷ Que Baleares haya destacado en la delantera ha supuesto una mejora en su calidad democrática atendiendo a los indicadores en el año 2015, con una media del 39% de cumplimiento de la transparencia. Otras comunidades tuvieron un porcentaje más bajo del 41% el año pasado fueron Canarias (40%), Cantabria

del buen gobierno de las Illes Balears), Navarra (Ley 11/2012 de la Transparencia y del Gobierno Abierto), Extremadura (Ley 4/2013 de Gobierno Abierto de Extremadura) y Galicia, aunque también posee actualizaciones al respecto tras la LTBG.

De esta última, podemos decir que fue la más antigua en abordar un concepto autonómico de "información pública" más abierto que el constitucional y que aunque no utiliza la expresión "publicidad activa" posee formas que la asimilan⁶⁸. Extremadura⁶⁹ es la más similar a la LTBG quizás por ser de redactadas casi a la par, de las leyes, sin embargo, normas como la de Baleares se distinguen claramente de la estatal al diferenciar entre el ámbito administrativo (publicación de la su actividad, especialmente la contractual) y el ámbito político (donde entraría la prevención de conflictos de interés registro de actividades y otras medidas de buen gobierno). De las leyes Balear y de la de Gallega comentar que recogen premisas y reminiscencias de la extinta LRJPAC pero no recogen un procedimiento de derecho de acceso a la información pública propiamente dicho, como sí hace la ley navarra⁷⁰ a pesar de que su procedimiento de

(40%), Andalucía (39%), Castilla-La Mancha (38%) y Murcia (37%). Las que tuvieron porcentajes más altos fueron, por orden de mayor a menor: Cataluña (73%), Aragón (63%), Madrid (54%), Castilla y León (48%), Galicia (47%), Extremadura (44%), Navarra (44%) y Asturias (41%). La media española en 2015 fue del 49%. AGUILERA POVEDANO, M., MATAS PASTOR, J. y DURÁN-MAÑES, Á., "El cumplimiento de la Ley de transparencia: El caso de Baleares". *Elena Blanco Castilla*, Tenerife, 2016, p.210 y ss.

⁶⁸ "...somete a publicidad la programación anual y plurianual, contratos públicos, convenios de colaboración, concesiones de servicios y actividades de fomento" La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública, Colección Estudios y Documentos de INAP, Madrid, 2016, p. 14.

⁶⁹ "En este sentido cabe mencionar la legislación de la Comunidad Autónoma de Extremadura como consecuencia de la implantación del buen gobierno y que ha tenido su plasmación en la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y en el Decreto 3/2015, de 27 de enero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la misma". La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública, Colección Estudios y Documentos de INAP, Madrid, 2016, p. 154.

⁷⁰ Se dice que es la norma que más y mejor desarrolla la LTBG en La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública, Colección Estudios y Documentos de INAP, Madrid, 2016, p. 163.

revisión de resoluciones en materia de derecho de acceso no cuenta con un órgano como el CTBG y se basa en el sistema de recursos establecido en la LRJPAC.

Ya, después del año 13, con la entrada en vigor de la LTBG se publicó el resto de normas autonómicas de acceso y transparencia en Andalucía (Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública), La Rioja (Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno), Aragón (Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana), Comunidad Valenciana (Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana), Canarias (Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública), Murcia (Ley 7/2016, de 18 de mayo, de Reforma de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana), Castilla y León (Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación), Cataluña (Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) y Galicia (Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno) con excepciones como Madrid que deposita las competencias de transparencia y acceso al Consejo Consultivo Autonómico⁷¹ o Cantabria, Asturias y Castilla La Mancha que las tienen anteproyectadas.

Respecto a las citadas leyes regionales, posteriores a la LTBG, la mayor parte siguen claramente la norma estatal, si bien se permiten ciertas particularidades y licencias. Así, es de señalar de la normativa valenciana el establecimiento en su título II de un conjunto de principios de actuación que han de imperar en la labor de los que ocupan los altos cargos del gobierno de la Comunidad Valenciana y del alto funcionariado además de que en su art. 27 se prevé la aprobación de un Código de Buen

⁷¹ La sede virtual del Consejo describe esta labor en su memoria al afirmar *“Son de destacar las modificaciones establecidas en su norma constitutiva, por la Ley 4/2014 de Medidas Fiscales y Administrativas, añadiéndole un Título IV en que se configura como Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno. A partir de ahora, el Consejo entenderá de las reclamaciones que se puedan plantear contra las resoluciones expresas o presuntas sobre acceso a la información pública”*. Disponible en: http://www.madrid.org/ccmadrid/index.php?option=com_content&view=article&id=54:tabla-de-memorias&catid=19:publicaciones&Itemid=40 .

Gobierno basado en dichos principios, para integrar la dimensión ética en la gestión pública.

Esta comunidad posee además normas complementarias en la materia de reciente aprobación, por no decir las últimas, por un lado el Decreto 56/2016, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno y la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos. El objeto de la primera es regular las incompatibilidades de los altos cargos de la administración de la Generalitat y la declaración de actividades, bienes e intereses de los mismos y de otros cargos públicos, aportar más transparencia y, con ella, mayor confianza de los ciudadanos, para así dar cumplimiento al principio de objetividad en el servicio del interés general durante el cumplimiento de su mandato por medio de un régimen sancionador.

La modificación de la norma murciana, por su parte, tenía en su exposición de motivos, la misión de garantizar de forma más efectiva la transparencia en la actividad de la Región de Murcia y la obligación de informar a la ciudadanía sobre la planificación del gobierno y sus compromisos estratégicos. Como complemento necesario para el establecimiento del llamado Gobierno Abierto, regula también mecanismos para que la Administración pública se dote de estructuras y procedimientos simplificados e innovadores que la hagan más cercana y accesible. Murcia legisla siguiendo no pocas veces la pauta estatal⁷², como a la hora de abordar los límites o el procedimiento de solicitud de acceso a información pública.

La norma canaria es una convergencia de la LTBG y la de otras CCAA, así coincide con la norma estatal en términos de transparencia a la hora de interpretar el silencio administrativo en sentido negativo y se asemeja a las normas autonómicas posteriores a la LTBG apreciando las ventajas derivadas de las TIC's para ejercitar los derechos reconocidos a modo de acceso electrónico. La novedad y nota característica que la diferencia es su alusión a la petición oral por medio de canales telefónicos, lo

⁷² La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública, Colección Estudios y Documentos de INAP, Madrid, 2016, p. 161.

cual la dota de una operatividad sin igual. Destaca de su regulación también la constitución, por medio del art. 34 de su ley, de un “Buzón de consulta de la Oficina Canaria de Información”, que es un formulario en el que puede solicitarse información en trescientos caracteres identificándose previamente el ciudadano y especificando el órgano que dispone de la información solicitada.

Si se entra a valorar distanciamiento-proximidad de la norma estatal, es la ley catalana la que más se aleja⁷³ de la norma básica al incorporar un capítulo *sobre “registro de grupos de interés”, “gobierno abierto”* o un régimen sancionador bastante completo. A contrario sensu, son las normas castellano-leonesa y riojana las más cercanas a la LTBG al remitirse a la misma en materia del ejercicio de derecho de acceso. La Rioja aprovecha para abordar la participación ciudadana y la democracia participativa al igual que Aragón, cuya norma por cierto, contempla, como distintivo en todo el Estado, la posibilidad de asistir al ciudadano en la búsqueda de información por el personal al cargo de los servicios.

Castilla y León se remiten⁷⁴ básicamente en términos generales a la ley estatal regulando la transparencia de la actividad pública desde la publicidad activa, el acceso y

⁷³ Por la inquina independentista que segregan ciertos mandatarios catalanes puede deducirse el afán de distanciamiento de la norma estatal, de hecho, *“subyace una voluntad de regular minuciosamente todos los aspectos posibles relacionados con la transparencia, lo que da lugar a que a la ley básica estatal no le quede mucho espacio de aplicación”*. *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, Colección Estudios y Documentos de INAP, Madrid, 2016, p. 152.

⁷⁴ Como antecedentes de la Ley castellano-leonesa se establece *“el Estatuto de Autonomía, reformulado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, en su artículo 11.6 señala que «Todas las personas tienen el derecho a dirigir peticiones a las Instituciones y a las Administraciones Públicas de la Comunidad, así como a los entes que dependan de las mismas, en relación con asuntos que sean de su competencia»...En segundo lugar, la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración...En tercer lugar, destaca el Acuerdo 17/2012, de 8 de marzo, de la Junta de Castilla y León, por el que se pone en marcha el Modelo de Gobierno Abierto de la Junta de Castilla y León; procediendo a la habilitación del portal. En último término, el Decreto 7/2013, de 14 de febrero, de utilización de medios electrónicos en la Administración de la Comunidad...”*. *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, Colección Estudios y Documentos de INAP, Madrid, 2016, p. 149.

la reutilización de la información pública y la participación en los asuntos públicos. Como esta, la norma andaluza también ha sido una regulación fiel al estilo de la LTBG, si bien se remite en diversos preceptos a la ley estatal, adopta algunas soluciones diferentes como la conformación del órgano de control.

La Ciudad Autónoma de Melilla con el Decreto 43 de 14 de julio de 2016, sobre aprobación definitiva del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Melilla, publicado el 19 de julio de 2016, tiene la peculiaridad de reconocerse la competencia exclusiva en materia de organización y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno y la facultad para regular el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia (en virtud de los títulos competenciales previstos en los arts. 6, 20 y 21.1.20 de su Estatuto de Autonomía).

Merece el caso de Vascongadas un comentario final por la recientemente aprobaba Norma Foral 1/2016, de 17 de febrero, de Transparencia de Vizcaya, que aunque no resulta de aplicación a nivel local, regula tanto las obligaciones en materia de publicidad activa como pasiva. También dispone una vía de reclamaciones que se atribuye a un órgano de nueva creación, la Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia, que se configura como órgano colegiado autónomo con independencia funcional adscrito a efectos presupuestarios y al Departamento de Administración Pública y Relaciones Institucionales de la Diputación Foral de Vizcaya.

A continuación, abarcando brevemente en este tramo los órganos de control por sus variantes autonómicas, establecidas en sus regulaciones, hay que partir de que el CTBG ha consolidado su razón de ser, no sólo a través de la continua aprobación de criterios⁷⁵ ni por su ardua implicación divulgativa y relacional, sino que, como fruto de su defensa del derecho de acceso a la información pública, disponemos ya de la primera jurisprudencia en transparencia, que examinaremos en el correspondiente apartado.

⁷⁵ Los últimos, el Criterio 1/2016 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Reclamación ante el Consejo frente a la desestimación de una solicitud de acceso a la información por silencio. y el Criterio 2/2016 conjunto del CTBG y la AEPD, relativo a la *“Información relativa a las agendas de los responsables públicos”*.

La LTBG prevé, como se ha indicado ya alguna vez, que las CCAA y Ciudades Autónomas podrán atribuir dicha competencia para la resolución de las reclamaciones al CTBG, celebrando al efecto un convenio. En virtud del art. 24 de la LTBG, la competencia para conocer de las reclamaciones que puedan interponerse frente a las resoluciones recaídas en procedimientos de acceso a la información pública corresponderá al CTBG pero en aquellos supuestos en que las CCAA atribuyan dicha competencia a un órgano específico⁷⁶ serán estos los competentes. En este sentido, la disposición adicional cuarta de la LTBG, es la que establece que la resolución de la reclamación corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las administraciones autonómicas y su sector público, y por las EELL comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las CCAA.

Cada CCAA y EELL, en su libre ejercicio de diseño estructural del órgano o unidad administrativa de control y garantías en transparencia y acceso a la información pública ha dispuesto un variado catálogo de estilos y modelos. Hasta 2016, Asturias, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Extremadura y Ceuta y Melilla no crean nuevos órganos y encomiendan sus funciones al Consejo de Transparencia, han encomendado las funciones a organismos existentes Castilla y León, Galicia y Madrid y han creado organismos de control Andalucía, Cataluña, Canarias, Comunidad Valenciana y Región de Murcia.

Andalucía, por ejemplo, constituyó un órgano para dos cuestiones, la garantía de la intimidad así como la del acceso a la información en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos como autoridad independiente de control en materia de protección de datos además de transparencia en cuyo art. 47 establece que la persona titular de la Dirección del consejo será nombrada por el consejo de Gobierno previa designación del Parlamento de Andalucía por mayoría absoluta, designación que se

⁷⁶ La situación autonómica actual respecto a órganos de control en transparencia, acceso a la información pública, transparencia y participación queda con que: Madrid, Castilla y León o Galicia tienen encomendadas estas funciones a órganos que ya poseían; Canarias, Valencia, Murcia Andalucía o Canarias poseen órganos propios; y el resto (Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Melilla, Ceuta, La Rioja y Extremadura) se adscriben al manto de protección del CTBG estatal.

producía con fecha de 22 de diciembre de 2015, en el transcurso de la sesión celebrada los días 22 y 23 de diciembre. Posee una dirección con varios elementos de apoyo como la secretaría y tres áreas sin contar con una comisión amplia. Distinta conformación posee Gobierno Abierto de Navarra, el Consejo de Transparencia navarro, conforme a lo dispuesto en el art. 73 de la Ley Foral, que dispone cual es la composición del mismo, la cual reside en menos miembros, todo elegidos democráticamente y para cuatro años. En internet resulta difusa su identificación quizás por abarcar tantos cometidos el mismo lugar virtual.

Por otro lado, la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública, creada por Decreto 128/2016, se creó como órgano colegiado de carácter independiente. Este asume en la Comunidad Autónoma de Euskadi las funciones previstas en la Disposición Adicional cuarta LTBG, que se integra en el departamento del Gobierno Vasco competente en materia de transparencia y atención a la ciudadanía. Conforme al Decreto 128/2016, de 13 de septiembre de 2016, de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública, corresponde a dicho órgano la función de resolución de las reclamaciones que se presenten, en aplicación del régimen de impugnaciones previsto en materia de derecho de acceso a la información pública y en su art. 2.1 se determina que estará compuesta por tres miembros: su Presidencia, que recaerá en la persona titular de la Dirección de Atención a la Ciudadanía e Innovación y Mejora de la Administración; y dos vocales, que ejercerán a su vez la tarea de secretaría, y que serán funcionarios de carrera de la Administración general de la Comunidad Autónoma, nombrados por la Consejería del Departamento de Administración Pública y Justicia previa convocatoria pública

El Gobierno de Baleares posee una comisión para resolver las reclamaciones sobre información pública, aprobado el 29 de abril, y asume de forma temporal la resolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública, como establece la Ley de Transparencia. Está formada por tres miembros de la Abogacía de la Comunidad, sin dependencia jerárquica y cuya designación se realizará por sorteo con lo que resulta docta y técnica la composición que esta comunidad ha elegido, la cual resulta novedosa y funcional.

En Galicia, la designación del Valedor como Comisionado de Transparencia y creación de la Comisión de Transparencia de Galicia optaba por un modelo anfíbio en la estilización de su órgano de control, mediante la atribución de las funciones del Comisionado de Transparencia al Valedor do Pobo, que se verá asistido en su función por una Comisión de Transparencia, de heterogénea composición y que funciona conforme a lo dispuesto en la Resolución de 5 de julio de 2016 por la que se dispone la publicación del Reglamento interno de la Comisión de la Transparencia de Galicia.

Esta prelación, como se ha argumentado en algunas ocasiones, así como el diverso desarrollo normativo por las autonomías, tiende a generar desigualdades en el acceso a la información pública pues las diferencias en la delimitación por el legislador autonómico de los conceptos de transparencia e información pública también puede desembocar en un trato desigual entre ciudadanos de las Comunidades, otro motivo para impulsar un debate del Estado Autonómico, su uso político y partidista y la conveniencia de una cierta centralización como principio de eficiencia e igualdad. De aquí, como se observa, unas han establecido sus propias disposiciones y otras CCAA simplemente han hecho referencia a la misma LTBG para evitar posibles desordenes constitucionales. Por otro lado, entre las desigualdades y deficiencias de la normativa autonómica en relación a las garantías pueden destacarse la ausencia de previsión de acciones colectivas para la tutela del interés público que fundamenta la transparencia y también de un deber de conservación de la documentación para cumplir los fines de información pública con sanciones en caso de incumplimiento. Sobre la falta de un régimen sancionador, el legislador autonómico podría haber regulado multas coercitivas en términos similares a los previstos para los supuestos de desatención a los requerimientos de la administración por entidades privadas, en el supuesto de infracción por la Administración de sus deberes de información y publicidad activa o por no responder dentro de plazo.

Así, puede afirmarse que el Estado de las Autonomías ha impulsado el Estado de la Transparencia teniendo en cuenta la antelación de muchas CCAA en desarrollar la transparencia. La situación de la transparencia en España, comenta RUIZ-RICO RUIZ, responde a la inacción del legislador estatal y a la jurisprudencia constitucional, con

efectos dilatorios de su regulación⁷⁷ no obstante, la progresiva consolidación de instrumentos autonómicos orientados a la información pública y la participación ciudadana tiende a impulsar la calidad democrática. Además de toda la regulación dispuesta por el legislador autonómico, existen otras iniciativas que se encuentran en tramitación y están actualmente anunciadas. Queda en el margen de actuación de las actuaciones CCAA por tanto decidir la amplitud de sus leyes y hacerlo de forma realista y coherente en el marco estatal⁷⁸. Esta situación contribuye, como se indicaba, a que se esté desarrollando desde las CCAA una sucesión continua de instrumentos legales de información y colaboración pública la cual, según la STC 161/1988, de 20 de septiembre⁷⁹, permite a los ciudadanos comunicarse con el poder público, y potencia la interrelación entre los Parlamentos y los ciudadanos, coopera a que los parlamentarios conozcan las preocupaciones de la sociedad a la que representan, así como las demandas políticas y las opiniones de los individuos y de los actores sociales. Aquí aparece un fenómeno novedoso en el Estado de las Autonomías, que los gobiernos autonómicos gocen de mejor situación en probidad que el gobierno central con lo que han podido desarrollar e implementar al central desde esta posición casi didáctica hacia un Estado que según RUIZ-RICO RUIZ carecía de un elemento que requiere todo ente saneado, autoregeneración⁸⁰.

El elemento disuasorio es una cuestión importante para que no sean las leyes de transparencia una declaración de principios a cumplir por hombres buenos. Quizás sea uno de los elementos más disuasorios que parapeten a la corrupción.

En términos generales este tipo de desarrollo sancionador posee un esquema común. Comienza con el ámbito subjetivo de las normas que seguirán, continúa con la

⁷⁷ RUIZ-RICO RUIZ, C., “Transparencia y participación en el Derecho Autonómico: un análisis constitucional”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2004, Vol. 6, nº 1, p. 1.

⁷⁸ GUICHOT, E., *Transparencia y Buen Gobierno*, Estudio y Ley, Aranzadi. Cizur Menor, 2014, p. 13.

⁷⁹ BOE núm. 247, de 14 de octubre de 1988.

Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1102>

⁸⁰ RUIZ-RICO RUIZ, C., “Transparencia y participación en el Derecho Autonómico: un análisis constitucional”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2004, Vol. 6, nº 1, p. 2.

exposición de infracciones disciplinarias (muy graves, graves y leves) y las sanciones aparejadas a las anteriores con la misma categoría. Finalmente suelen concurrir las pautas del procedimiento, las personas u órganos que han de poseer la potestad sancionadora y en algunos casos el régimen de publicidad de las sanciones e infracciones. Suelen tomarse también como referencias textos anteriores de CCAA afines o que sean bien consideradas por el legislador autonómico además de la referencia del propio texto estatal, la LTBG, por lo que hay poca variedad con algunas excepciones en la conformación de la sección sancionadora de estas leyes.

Alojado en el título II de la LTBG “Del Buen Gobierno” se encuentra lo que a infracciones y sanciones se refiere (arts. 27 a 32 LTBG). En el art. 28 LTBG se disponen como infracciones muy graves todas aquellas que en calidad de culpable un sujeto cometa en materia de gestión económica y presupuestaria⁸¹. Es cierto que la ley estatal expone infracciones relacionadas más con conductas que contravengan a lo que se entiende como buen gobierno en contra de las infracciones que lo que dispone el legislador autonómico el cual recoge infracciones en materia de transparencia y acceso a la información exclusivamente.

La LTBG dispone como muy graves conductas de mal gobierno⁸² pero también algunas que a juicio de uno, parecen más propios de legislaciones administrativas, sindicales o penales que de transparencia⁸³. Finalmente el art. 32 LTBG plantea unos plazos de prescripción de las sanciones y también de las infracciones “*de*

⁸¹ En relación a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en lo que se refiere a rendir cuentas, ejecutar medidas, no justificar ciertos actos....

⁸² En WENCER, E., RAGONE, S Y KOLLING, M., (Coords.). “La Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Cuaderno 236, 2007 se señala en multitud de veces a lo largo del libro que la LTBG parece reducir el “Buen Gobierno” a un cúmulo inconexo de infracciones y sanciones, como si solo se tratase de una materia disciplinaria y de corrección de comportamientos ilícitos o poco éticos.

⁸³ Como es el caso del 29 .i), j) o k) LTBG por citar algunos “*La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales...La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga...El acoso laboral*”.

*cinco años para las infracciones muy graves, tres años para las graves y un año para las leves”.*⁸⁴

Por comenzar con la que puede ser un modelo muy común y adaptado de legislación autonómica comenzaremos con el proyecto de Ley de Cantabria⁸⁵ de Transparencia de la Actividad Pública (9L/1000-0012) que en su Título IV, con diez normas (arts. 41 a 51) dispone, en función de la gravedad, sanciones económicas que oscilarían entre 600 euros (infracciones leves) y 12.000 euros (muy graves), y medidas disciplinarias, como el cese de un alto cargo que incumpla la ley. En relación con el procedimiento sancionador, tienen obligación de cumplir la norma cántabra de transparencia no sólo la administración y sus entes, sino también los prestadores de servicios públicos y personas que ejerzan potestades administrativas. De igual modo, están sometidos al cumplimiento de la ley los adjudicatarios de contratos del sector público, los partidos políticos, las organizaciones sindicales y empresariales, además de asociaciones y fundaciones privadas que se financien con fondos públicos, a partir de determinadas cuantías.

Por tipos, las sanciones pueden ser disciplinarias, siendo la máxima de ellas el cese de un alto cargo, o de carácter económico, donde varían en función de los objetivos incumplidos. Así, las infracciones leves (incumplir publicaciones previstas o no resolver en plazo...) serán multadas con hasta 600 euros, las graves (reiterar los citados incumplimientos o proporcionar información errónea de forma voluntaria...) de 601 a 6.000 euros y las muy graves (reincidencia de las infracciones graves) de 6.001 a 12.000 euros.

⁸⁴ “*tipificación ambigua, excesivamente indefinida e indeterminada, el artículo que contiene la posibilidad de sanción cuando se incumplan las obligaciones de publicación activa no posee el carácter de básico, por lo que se deja al albur de cada Autonomía la posibilidad de establecer, o no, sanciones para sus propias administraciones*”. WENCER, E., RAGONE, S Y KOLLING, M., (Coords.). “La Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Cuaderno 236, 2007, p. 103.

⁸⁵ Cuyo contenido actualizado en desarrollo se sitúa en el Portal de Transparencia Cántabro que está disponible en: http://transparencia.cantabria.es/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_77Ec/3551375/4274444

En segundo lugar la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública canaria, estipula que la potestad sancionadora reside en el Gobierno (art 71). Ofrece el Título V (del art. 66 a 72) a las medidas disuasorias, siendo el precepto 67.1 el que reza que las personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza, que realicen las acciones u omisiones tipificadas en dicho cuerpo serán advertidas con sanciones que comprenderán entre 200 y 300.000 euros. La única sanción muy grave remanece de la infracción consistente en desatender *“más de tres veces, en un periodo de dos años, el requerimiento expreso del comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública”*.

Por su parte el Proyecto de Ley de Transparencia, Participación Ciudadana y Buen Gobierno del Sector Público de Euskadi dedica el Título III, Capítulo IV al régimen sancionador en sus preceptos 47 a 55. El texto vasco diferencia si las acciones reprimidas son disciplinarias, infracciones de las personas obligadas al suministro de información. En esta previsión, las sanciones económicas estipuladas oscilan entre los 200 y los 400.000 euros y hasta el reintegro de la subvención concedida cualquiera fuere la cuantía.

En Andalucía, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, Título V (arts. 50 a 58) señala que es muy grave la infracción consistente en el *“incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa previstas...cuando se haya desatendido el requerimiento expreso del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía...La denegación arbitraria del derecho de acceso a la información pública...El incumplimiento de las resoluciones dictadas en materia de acceso por el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía en las reclamaciones que se le hayan presentado”*. Además su potestad sancionadora se comparte entre la Administración, la Consejería de la Junta de Andalucía e incluso la entidad local correspondiente las cuales pueden también imponer multas como sanción de hasta 400.000 euros.

Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (2016/14090)⁸⁶ le ofreció un título completo al asunto sancionador, el cuarto (art. 48 a 57), y esquematizó las sanciones por capítulos, lo cual le dota de una importancia compacta especial dentro del conjunto (Capítulo I: Infracciones, Capítulo 2: Responsabilidad,... 5: Procedimiento, órganos competentes y prescripción). Es unos textos de los más extensos y puntillosos en la planta autonómica pero también de los más debatidos, trabajados y refrendados. Tiene la novedad y peculiaridad de advertir protección a la opinión pública por medio de la redacción que dice: *“Dar información parcial u omitir o manipular información relevante, con el propósito de influir en la formación de la opinión ciudadana”*. Posee multas débiles de hasta 12.000 euros y referencia al Tribunal de Cuentas como alguna legislación autonómica más. Destaca la referencia a la prescripción, una de las pocas leyes autonómicas que lo contempla remitiendo directamente a art. 32 LTBG.

De la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana, que posee una decena de preceptos en el Título III de *“Régimen Sancionador”*, puede decirse que es la regulación más ordenada y sencilla, con definiciones breves pero tajantes y bien relacionadas con sus sanciones. El resto sigue el mismo esquema de redacción que todas.

La balear Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno se caracteriza por ser la única recopilación de normas de tantas categorías (transparencia, buen gobierno, acceso, buena administración...) y que no hace mención alguna a medidas disuasorias de carácter sancionador. Se reduce meramente a señalar en la Disposición final segunda Modificaciones de la Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la comunidad autónoma de las Illes Balears a modificar su precepto 15º.

⁸⁶Disponible

en:

http://transparencia.castillalamancha.es/sites/transparencia.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/20170102/ley_de_transparencia_y_buen_gobierno_de_clm.pdf

Una ley muy positivamente criticada, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, posee el régimen sancionador como capítulo dentro del título del sistema de garantías. Tiene hasta 12 infracciones muy graves, la lista más extensa y detallada para las peores conductas en la materia. La incoación del procedimiento puede ser a instancia del Síndic de Greuges, la Sindicatura de Cuentas y también del director de la Oficina Antifraude de Cataluña. Destaca el cambio de la temporalidad de plazos de prescripción respecto a la estatal, 5 para muy graves 3 para graves y uno para leves por 3 años, 2 y un año, es decir, prescripción más reducida o menos estricta.

Si nos referimos a las legislaciones autonómicas que menos mención realizan al respecto del estudio que nos ocupa hemos de poner el dedo en el Anteproyecto de Ley del Principado de Asturias de Transparencia⁸⁷ solo posee el art. 19.2: *“En ejercicio de la competencia prevista en el apartado anterior, dicha Comisión adoptará acuerdos en los que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan. El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”*.

Otra disposición es la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura que no dedica ni un solo precepto al respecto, únicamente la Disposición adicional quinta que dice *“...El régimen de responsabilidades en el ámbito de la transparencia en la actividad administrativa y en el buen gobierno para la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura... se complementará mediante la correspondiente normativa básica estatal en la materia y el Estatuto de Cargos Públicos del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que regulará, entre otros, el régimen de infracciones y sanciones sobre*

⁸⁷Disponible

en:

https://www.asturias.es/webasturias/GOBIERNO/TRANSPARENCIA/anteproyecto_ley_transparencia.pdf

las materias en las que la comunidad tenga competencias plenas y, en todo caso, los órganos competentes y el procedimiento sancionador”.

De la norma castellano-leonesa 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana llama la atención el art. 3.2 que cataloga el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa a las que se refiere el apartado anterior como infracción grave y no muy grave como en el resto. Además se reparten las competencias de una manera muy eficiente a la vez que novedosa: entre la Junta de Castilla y León en las infracciones muy graves el titular de la consejería o del máximo órgano de dirección del organismo autónomo en cuyo poder obren los documentos en las infracciones graves y finalmente al titular de la secretaría general o dirección general de la consejería, o al titular de la dirección general del organismo autónomo en cuyo poder obren los documentos en las infracciones leves.

Concluyendo, señalar dos leyes homogéneas y bien redactadas, la 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia y la Ley 12/2014, de 16 de diciembre de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia. De la primera destaca como infracción el daño manifiesto a la Administración autonómica y mantiene el mismo régimen de prescripciones que la LTBG a la que se remite lealmente varias veces en materia de sanciones por infracciones presupuestarias. La segunda es un texto muy ergonómico y en la línea de lo común, diferencia entre faltas disciplinarias e infracciones bien de las personas encargadas o de entidades. En suma sucinta pueden destacarse como mejorables y completables y poco disuasorios los regímenes sancionadores autonómicos el de Castilla la Mancha, Valencia, Extremadura y Asturias y como modelos completos, avanzados y homogéneos el andaluz, el vasco y el catalán.

Finalmente y con respecto a la transparencia y publicidad en las Entidades Locales⁸⁸ ha de decirse que se ha avanzado respecto a la situación anterior, quizás sea el

⁸⁸ Teniendo en cuenta una de las conclusiones de FERNANDEZ RAMOS al decir en 2009, antes de la LTBG que *“la publicidad de las sesiones de las Corporaciones locales constituye un hecho, ausente en el ámbito de la Administración del Estado, que ha incidido decisivamente sobre la publicidad de la actividad de la Administración local en general y sobre el acceso a los documentos administrativos en particular...la falta de democracia local en el periodo inmediatamente anterior a la Constitución*

ámbito administrativo territorial en el que más. Actualmente se goza de unas garantías impuestas por la LTBG al incluirlas evidentemente en su ámbito subjetivo de aplicación y que quedan evidenciadas en muestras de probidad como la habilitación de plataformas virtuales como el Portal de Entidades Locales⁸⁹ adscrito a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas o el Portal de la Transparencia en la nube para entidades locales⁹⁰. Las expectativas impuestas, no obstante, a las EELL están desacertadamente previstas en la LTBG pues han sobrevalorado el músculo local o no han contado con la escasez de recursos de la mayor parte de las aproximadamente 8.500 EELL españolas para la implantación y mantenimiento de costosos servicios informáticos y de personal que requiere el cumplimiento de la transparencia.⁹¹

Desde el punto de vista de las EELL, la regulación de mayor impacto contenida en la norma autonómica gallega derivaba de la atribución de la competencia para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública al órgano de control, Valedor del Pueblo, como Comisionado de Transparencia.

Antes de la LTBG las premisas en transparencia residían en una vinculación a la participación ciudadana en el Título V, Capítulo IV “*Información y participación ciudadana*” (art. 69 y ss.) de la Ley de Bases de régimen Local⁹² 7/1985 e 2 de abril donde se apuntaba a facilitar la más amplia información sobre la actividad local y la participación de los ciudadanos en la vida local, a dar publicidad de las sesiones plenarias etc. Puede completarse con el art. 18.1.e) de dicha ley la cual inviste al vecino

determinó que la regla de la publicidad tuviese un carácter meramente formal, como prueba el hecho de que es el Alcalde el órgano competente para decidir acerca de la publicidad o secreto de las sesiones plenarias”. FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 305.

⁸⁹ Disponible en: <https://ssweb.seap.minhap.es/portaleELL/>

⁹⁰ Disponible en: <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/transparencia#.WEaVDbLhDIU>

⁹¹ CAMPOS ACUÑA, C., “Las entidades locales ante la necesidad de transparencia. Una primera aproximación a la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, *CEMCI*, núm. 3, 2014, p. 9.

⁹² CAMPOS ACUÑA, C., “Las entidades locales ante la necesidad de transparencia. Una primera aproximación a la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, *CEMCI*, núm. 3, 2014, p. 7.

el derecho de “*Ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución*”. El último antecedente fue la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de Racionalidad y Sostenibilidad de las Administraciones Locales que obligaba a la publicación con periodicidad semestral de la relación de personal eventual y de dar publicidad a la masa salarial del personal laboral.⁹³

Finalmente aludir a que la correcta implantación y desarrollo de acciones básicas⁹⁴ de la LTBG en estas Entidades requiere un seguimiento y crítica detenida y continuada para garantizar que cuando continúe evolucionando positivamente. Una reflexión de VILLORIA MENDIETA acerca de estos retos administrativos de la LTBG decía que “*En cualquier caso el éxito de estas leyes de acceso está muy influido por su habilidad de superar los retos administrativos que se vayan planteando...*”⁹⁵. Aunque la apariencia de este sector regional esté condicionada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad, la LTBG ha supuesto la auténtica revolución en el espacio local, a pesar de que no se le haya prestado la suficiente dedicación a la disposición de medios necesarios para el cumplimiento de sus premisas.

⁹³ CAMPOS ACUÑA, C., “Las entidades locales ante la necesidad de transparencia. Una primera aproximación a la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, *CEMCI*, núm. 3, 2014, p. 8.

⁹⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, S., escribe un conjunto de medidas sobre las líneas que debe seguirse en este campo como lo son la formación de funcionariado, la gestión documental y de archivos, las medidas sancionadoras y la legislación autonómica y la información al ciudadano en “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, pp. 233-298.

⁹⁵ VILLORIA MENDIETA, M., “Algunas reflexiones sobre la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno”, *Boletín de la Función Pública INAP* núm. 9, 2010, pp. 6 y ss.

CAPÍTULO II: EXPERIENCIA COMPARADA E INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO SOBRE LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Decía Pérez Galdós que *“Solo cabe progresar cuando se piensa en grande y solo cabe avanzar cuando se mira lejos”*, por eso, más aún en una sociedad de la comunicación y tan interconectada como la nuestra, ha de mirarse lejos, fuera de nuestras fronteras. Instituciones españolas conminan en este sentido que *“es necesario insistir en el hecho de que la experiencia de otros países, los tratados y los a que convenios internacionales, y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea aportan pautas suficientes para dotar de contenido el derecho de acceso a la información...”*⁹⁶. Por ello en este capítulo completo sobre derecho comparado en el ámbito de la investigación que nos ocupa, *ad finitum*, se puede obtener una visión global del estado de la materia idóneo para comprender otros elementos.

Para esta empresa nos apoyamos en las pautas del profesor TOMMASO FROSINI en el seminario sobre “Derecho comparado” en la Universidad de Jaén el 13 de febrero de 2017, donde afirmaba que esta metodología *“es un método en sí mismo, que a su vez se sirve de la interpretación y la analogía, imprescindible en todo estudio que pretenda instaurarse en el espacio y el tiempo actual”*. Con esta inspiración se analizará el ordenamiento de Estados similares al nuestro de los que puedan importarse elementos jurídicos, pues la meta u objetivo final del derecho comparado no es más que mejorar el ordenamiento propio. Primero se recopilarán, a continuación se clasificarán y en último término se interpretaran normas para terminar con analogías y diferencias.

Como se adelantaba en la hipótesis, existe un surgir mundial en derechos y deberes de transparencia y de acceso a la información que paulatinamente se ha ido extendiendo desde Suecia y que continuando en países escandinavos ha llegado a ambos hemisferios que continúan extendiéndose por su influencia mutua, especialmente en Europa, América y diversos organismos internacionales que se estudiarán en este capítulo.

⁹⁶ Informe extraordinario del Sindic de Greuges de Catalunya, *Derecho de acceso a la información pública*, Barcelona, 2012, p. 24.

Cada país ha experimentado de distinta forma la implantación de Transparencias de Estado en función tanto del momento como del contenido. En la práctica totalidad de sociedades actuales la ciudadanía ha reclamado o demanda convertirse en auténtico gestor de sus propios recursos, derechos y obligaciones, exigiendo a sus responsables público-políticos una rendición de cuentas respecto de sus actuaciones para esto es necesario una información bidireccional de la actuación pública como se observa en la mayor parte de países de la OCDE. En materia de transparencia, y sirva este apartado de motivación de peso para lo que se defiende, la normativa internacional ha vivido importantes cambios debido a la irrupción que han tenido las nuevas tecnologías en lo que se refiere al acceso a la información, que hace que se cambie la forma de gestionar el servicio público, que se elaboren e implementen las políticas públicas como estas, y todo ello tiene como resultado una mejora de la calidad democrática como sugería GUICHOT afirmando que *“el derecho de acceso no constituye una pieza única para una sociedad transparente, pero sí resulta pieza fundamental para lograrlo”*⁹⁷.

Por ello, desde que en Suecia, actual Estado de Transparencia, en el año 1766, se publicase la primera Transparencia de Estado directa como fue la primera Ley de Acceso a la Información, otros muchos países del mundo consideraron que era importante incluir y perfeccionar tal normativa en sus ordenamientos jurídicos, aunque no se estudiarán todos en esta obra por cuestión de pragmatismo, como es el evolucionado caso de Sudáfrica con su ley del año 2000 la cual difiere del resto porque obliga a publicar la información de hasta las empresas privadas si se considerare que la información es relevante para cualquier derecho fundamental como por ejemplo el acceso al agua.

Así pues, si en unos finales de siglo XX eran solo 13 los países los que disponían de una Ley de este calibre, ahora son más de 80 países a nivel mundial y cerca de 20 están en proceso de su tramitación y aprobación. A pesar de esto ha de

⁹⁷ GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*. Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), No 170, 2011, p. 14.

hacerse mención a países que muestran la otra cara de la moneda como son los países moros o como India, país emergente BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) que aunque también cuenta desde 2005 con una ley con mecanismos muy detallados para garantizar la transparencia, de hecho, es una de las más desarrolladas a nivel mundial, pero la práctica muestra otra realidad en la que muchas personas han sido asesinadas por defender esta ley.

Esta tendencia global de mainstreaming, al que se dedica un capítulo de la obra, hacia la aprobación de normas que garantizan el derecho de acceso a la información pública comenzó en los países escandinavos en la indicada Suecia en 1766, Finlandia en 1951, Dinamarca o Noruega en 1970 y por Estados Unidos en 1966 y otros países de su influencia anglófona como Canadá, Nueva Zelanda y Austria. Más tarde se expandió entre los países del mediterráneo de la Europa occidental, como Francia en 1978, Grecia en 1986, Italia en 1990, Portugal en 1993 o Bélgica al año siguiente. La segunda oleada alcanzó en el nuevo siglo a los Estados de Europa occidental que aún carecían de esta Ley como Reino Unido en el año 2000 y Alemania cinco años después.

En el caso particular de España, algunas de las reglas de transparencia que se alojan en las Leyes de Transparencia internacionales quedaron en preceptos de Transparencia de Estado indirecta de otros cuerpos normativos como los artículos 3.5, 35 y 37 de la LRJPAC, antes de la publicación de la Transparencia de Estado directa española por antonomasia, la LTBG.

Por ofrecer un prisma determinado a nuestro ordenamiento respecto a transparencia y acceso a la información se ha de observar la regulación de los mismos que hacen nuestros Estados vecinos de la Unión Europea por el entorno jurídico comunitario que nos afecta así como a los latinoamericanos por las raíces históricas que nos han unido y que tanto nos influyen. Como consecuencia se excluye de la obra otras experiencias de peso los gigantes globalizadores chinos y americanos que en este aspecto han tenido poco que exportar, por no decir que es de agradecer que se reserven su ordenamiento hasta mejor desarrollo. China se excluye por, a pesar de que contar con una ley de transparencia desde 2007, ser considerada muy pobre en lo que respecta al reconocimiento de derechos primarios y ausencia total de protecciones legales para

quienes soliciten información de carácter público y Estados Unidos porque aún está definiendo sus aspiraciones en derechos de transparencia desde el año 1966 en que publicó su ley hasta el punto de que no ha sido hasta Obama cuando la Casa Blanca ha lanzado un canal como el portal “data.gov.”.

En definitiva, la dimensión extrafronteriza de derechos de acceso y transparencia, referente a este punto, solo puede darse a la luz por medio de la herramienta jurídica que es el Derecho comparado con la que se podrán distinguir las diferentes soluciones que ofrecen los distintos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados ya que ciencias como la jurisprudencia a modo de pseudo-fuente del derecho acuden ya al Derecho comparado para interpretar las normas jurídicas y por ello cree conveniente el que escribe hacer un apunte general para motivar y para ver por dónde y por qué puede evolucionar nuestro ordenamiento o en qué medida puede el nuestro influir en los demás. Además, se ampara este estudio comparado en la defensa del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español, tanto por razones de índole jerárquico-normativa como de propia lógica de concepción mundial del derecho en cuestión.

II.1. Aportación de los textos internacionales⁹⁸

Es en esta pieza de la obra donde organismos de calado internacional para cada uno de los Estados, sean o no vinculantes para todos, definen, recomiendan, tasan y suscriben normas de acceso a la información y de transparencia y otras Transparencias de Estado que tomaremos en exegesis para comentarla conforme al objetivo. El que España haga vaga fe de cumplimiento de estas exigencias amparándose en el art. 105 CE impide que haga gala como otros Estados de la presencia de estas evocaciones en los espacios constitucionales donde figuran los derechos fundamentales. Como se

⁹⁸ Se recomienda si el lector lo tiene a bien la lectura de DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2009.

analizará por extractos y de forma comentada, es un derecho humano de nuevo cuño y generación el derecho de acceso y que cada vez aleja más nuestra CE de estas nuevas miras a las que, incumpliendo o desobedeciendo, no se logrará más que ampliar la distancia que separa a nuestro Estado de Derecho de alcanzar el Estado de la Transparencia.

Inmiscuidos en lo que DIEZ DE VELASCO llama, proceso de internacionalización de los Derechos Humanos⁹⁹ y en referencia al derecho de acceso y transparencia se ha de considerar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como el germen de las declaraciones mundiales, encontramos notorias referencias a la transparencia como su art. 14 *“Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración”* o su art. 15 *“La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público”*.

Si bien el primer precepto ensalza el poder ciudadano respecto a sus gestores es el segundo donde se reconoce amplia y taxativamente el derecho a exigir un deber a la Administración, el de rendición de cuentas de los recursos públicos.

Como pacto perfeccionado del anterior en un marco postguerras aparece la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 donde la transparencia sigue siendo un objetivo en continuo desarrollo y evolución, y así se deduce de su art. 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*

⁹⁹ El autor detalla que *“a partir de la segunda mitad del siglo XX un conjunto de normas dedicadas a la protección internacional del individuo se agrupan bajo la categoría genérica de Derecho Internacional de Derechos Humanos[...] el resultado ha sido la adopción de normas sustantivas que enuncian derechos, algunas de las cuales han llegado a integrarse en el bloque cualificado de las normas de ius cogens”*. DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, 2009, p. 648-650.

informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Es llamativa la síntesis que el legislador universal utiliza en este al reunir en un mismo apartado tal cantidad de principios y valores que por su vinculación ha decidido conectar. Ya GUICHOT hablaba de la igualdad como límite¹⁰⁰ y como derecho en la libre acceso a la información, pero es este texto el que crea la accesividad del derecho de acceso a la información al ejercicio del derecho de libertad de expresión, la cual se ha de respetar cuando se solicite o investigue cierta cuestión pública legítima, y la mayor perturbación de la recepción de la información que expone este precepto, es la inexistencia de un procedimiento que faculte a solicitar una información, para lo que se requiere el reconocimiento máximo del derecho de acceso.

Componente de la Carta Internacional de Derechos Humanos y otra declaración internacional de la transparencia y del acceso a la información como premisas fundamentales es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos este pacto, adoptado y abierto a la firma por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, acordó en materia de transparencia su famoso art. 19:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

¹⁰⁰ GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*. Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), No 170, 2011, p. 35.

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Recuerda su apartado segundo al artículo descrito de la Declaración Universal de Derechos Humanos por ser prácticamente igual, la diferencia radica en su desarrollo que encuentra en su último punto, el tercero, donde por primera vez a nivel internacional un amago de concebir la transparencia activa, el deber de las Administraciones de ofrecer información y la previsión de unos límites al derecho de acceso a la información a lo que denominó de “*restricciones*” donde se albergan las primitivas como son las de orden público, moralidad o la de seguridad nacional, esta última presente en la LTBG.

Desde una óptica moderna y desde el sur occidental del mapamundi se vuelve a declarar internacionalmente las premisas humanistas de la transparencia y el derecho de acceso por medio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 1969, en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre. El sector sur-continental americano firmó su Convenio en el que en cinco pragmáticos puntos de un mismo precepto titulado “*Libertad de Pensamiento y Expresión*” recogió su reconocimiento en transparencia. Este precepto es el art. 13 reza así:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

1. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

2. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
3. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*
4. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.*

Como en el anterior caso, se limitan al honor, seguridad nacional y moral las líneas rojas de la recepción y emisión de información al que se añaden la salud. A pesar que hasta ahora no se hace mención expresa al carácter público de la información, así se ha interpretado por basta jurisprudencia. No deja de ser curiosa la inclusión de la censura ya que a mediados del siglo XX la misma ya gozaba de una reducida reputación al ser un filtro de gobierno que se usó internacionalmente con más fines políticos que estatales. Podríase decir que todas las manifestaciones expuestas hasta el momento están presentes en el primer título de nuestra Constitución a excepción de las concretas expresiones “*recepción de informaciones*” aunque en este punto aun no sea una exigencia tal como se concibe actualmente.

Ha de decirse en justicia que antes de la declaración en cuestión, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia en el año 1948 es un precedente de importancia y fundamento por haber tomado en cuenta una pincelada del derecho de acceso por medio del derecho de petición.

A pesar de ser una declaración restrictiva a reconocer los derechos más inmediatos, el derecho a solicitar informaciones de interés general está presente en su art. XXIV el cual dice así *“Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”*.

Se ha de terminar este espacio con una afirmación tajante de la sensible Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión de octubre del 2000, en un adelanto importante donde se aprobó lo que es el documento oficial más completo hasta la fecha sobre la libertad de expresión en el sistema interamericano.¹⁰¹ El Preámbulo reafirma las declaraciones mencionadas sobre el derecho a la información: *“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”*.

Una vez desarrolladas las declaraciones internacionales al respecto, hemos de pasar a las disposiciones que las complementan. Fruto de la implicación internacional en la materia se declararon en una escala menor a la de las declaraciones anteriores unas proposiciones legislativas de interés en el estudio por su sumersión y desarrollo de preceptos y elementos que manifiestan la transparencia y el derecho de acceso como valores máximos como la Carta Democrática Interamericana.

En esta recopilación se encuentra un instrumento que proclama como objetivo principal el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática estableciendo que la ruptura del orden democrático o bien su modificación que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro, constituirá *“un obstáculo insuperable”* para la participación de su gobierno en las diversas instancias de la OEA. Expresa la subordinación que la Administración ha de sufrir respecto a la ciudadanía a la que sirve, razón de su existencia y en la que ha de extrapolarse al caso español que la

¹⁰¹ MENDEL, T., *Libertad de información: Comparación jurídica*. UNESCO, París, 2008, p. 19.

subordinación y respeto de lo administrativo a lo dogmático solo se puede concebir desde la concesión del rango fundamental al derecho de acceso y de orgánica a la LTBG.

Esta carta, adoptada en Lima, Perú el 11 de septiembre de 2001 en el vigésimo octavo periodo extraordinario de sesiones, implicó además políticamente el compromiso de los Estados con la democracia teniendo como base el reconocimiento de la dignidad humana para lo que en transparencia reza lo siguiente en su art. 4:

“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

Siguiendo a la anterior y desde la misma ubicación geográfica, ha de apuntarse ahora a un texto al que España se adhirió y aprobó por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Lisboa, Portugal el 25 y 26 de junio del año 2009 con un total de 50 artículos, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Es por este desarrollo legislativo por el que, tanto por razones de extensión como por razones de concentración del estudio en el derecho de acceso y Transparencia de Estado, se hará referencia focalizadamente a su parte dogmática y a las secciones de su parte orgánica que brindan la oportunidad comparativa de estudiar la Transparencia de Estado dentro de la participación ciudadana a pesar de la importancia de este flujo en el que nada la transparencia y del que tantos vínculos depende una de otra.

Según su preámbulo inicial, se considera que una gestión pública es buena si cumple satisfactoriamente con una serie de parámetros preestablecidos de integridad,

eficiencia, eficacia, efectividad, igualdad y equidad, referenciados a un impacto positivo sobre el desarrollo social y la calidad de vida de las personas, para lo cual debe ser esencialmente democrática, lo que garantiza el logro de niveles de calidad y excelencia en su desempeño y resultados.

Con el extracto *“El derecho de participación ciudadana en la gestión pública conlleva establecer mecanismos para ello, complementarios a los previstos para la representación política en el Estado. La gestión pública participativa contribuye al desarrollo de los países, favoreciendo la inclusión y la cohesión social”* se desprende de *“derecho de participación ciudadana en la gestión pública”* la apreciación del mismo como un derecho de todo habitante iberoamericano con respecto a la gestión pública del país en que reside en el ejercicio de los derechos que le conciernen o, en su caso, a la gestión pública vinculada a los procesos de integración regional o subregional. Así, el título de *“ciudadano”* y *“ciudadana”* en la presente Carta Iberoamericana no está referido a las personas con derechos exclusivos de ciudadanía o de nacionalidad sino a todo habitante con respecto a la gestión pública del país en donde reside, en el ejercicio de los derechos que le conciernen.

El mayor desafío de la participación ciudadana, en la gestión pública, era en 2009 impulsar su universalización para crear unas condiciones que permitan que los sectores más vulnerables pudieran acceder a la participación ciudadana para la defensa y exigencia de sus propios derechos, estableciéndose esta facultad como un medio novedoso y de calidad para la transformación social.

En el capítulo tercero, como forma de participación en la gestión, se cita en su art. 22 la capacidad o aptitud del ciudadano de solicitar información pública para garantizar la participación individual y colectiva en las Administraciones Públicas, concretamente en su punto a) reza que *“El acceso a información de interés general, su difusión activa y la posibilidad de consulta a través de medios físicos, audiovisuales y electrónicos”* continuando más adelante en el misma orden, punto g) *“La gestión transparente de intereses a instancias de colectivos ciudadanos para manifestar reclamos, propuestas o consultas en el marco de las políticas y normas vigentes”*. Excelente ejercicio de síntesis en dos pautas que se complementan y que resumen en

cada una las esencias de la presente obra y que es posible, recomendable y a futuro, necesario el reconocimiento máximo en las cartas magnas de los Estados, el acceso a la información y el deber transparencia. Así es como los Estados iberoamericanos consagraron jurídicamente el derecho a reclamar derechos a través de acciones ciudadanas de interés público, entre las que figuran las piezas que se estudian.

Seguidamente, el capítulo quinto ilustra el grueso del derecho de acceso rotulándolo “*Acceso a la información pública para la participación ciudadana*” concibiendo de esta manera el derecho de acceso a la información como sustento de la participación en los dos siguientes numerales:

“40. El acceso a la información es un derecho que sustenta el adecuado funcionamiento de la democracia puesto que es condición para garantizar otros derechos y, en particular, el de participación ciudadana en la gestión pública. Como tal, estará protegido jurídicamente. Cualquier excepción al libre acceso a la información pública estará prevista expresamente en los ordenamientos jurídicos nacionales.

41. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública, los ciudadanos y las ciudadanas podrán ejercer los derechos siguientes, de acuerdo con lo previsto en los ordenamientos jurídicos nacionales:

a. Acceder a la información que obre en poder de las Administraciones Públicas, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado.

b. Acceder a los archivos y registros de las Administraciones Públicas.

c. Ser asistidos en su búsqueda de información.

d. Recibir la información que soliciten, en los plazos máximos establecidos en la norma correspondiente.

e. Recibir la información solicitada en forma o formato accesible para quienes la demanden.

f. Conocer los motivos por los cuales no se les suministra total o parcialmente la información, o en la forma o formato solicitados. Sin perjuicio del principio de gratuidad del proceso de participación, conocer las tasas y precios que, en su caso, sean exigibles para la recepción de la información solicitada, las normas que establecen dichas tasas y precios así como las circunstancias en las que se puede exigir o dispensar el pago”.

Sin menospreciar las amplias observaciones derivadas del derecho de acceso, particularmente llama la atención en la técnica redactora del legislador el forzado uso de desdoblamientos sexistas como “ciudadanos y ciudadanas” tan de tendencia igualitaria en la época. La transparencia en la gestión pública se califica y corona como principio en el artículo siguiente, algo que hasta el momento solo figuraba en los estudios de esta rama como aspiración pero que en reducidos ordenamientos así se engendró y además le transfiere una serie de propiedades:

“42. La transparencia es un principio que debe orientar la relación de la Administración con los ciudadanos y las ciudadanas en el manejo de la gestión pública.

43. Los Estados adoptarán las medidas adecuadas para que la información puesta a disposición de los ciudadanos y las ciudadanas garantice el principio de transparencia, en particular su relevancia, exigibilidad, accesibilidad, oportunidad, veracidad, sencillez, comprensibilidad y máxima divulgación”.

A pesar de las críticas que la LTBG reciba en su apartado correspondiente, ha de parcialmente reconocerse su cercanía a las líneas en la carta sugeridas. No olvida tampoco esta carta la transparencia activa, en la que se ha mirado la LTBG por cumplir los parámetros más básicos a los que se refiere, define y acota para el cumplimiento de los Estados la carta de la siguiente forma:

“44. El Estado pondrá a disposición, sin que necesariamente medie solicitud de los ciudadanos y las ciudadanas, información actualizada referida a la ejecución y resultados de las políticas públicas.

45. Las Administraciones Públicas pondrán a disposición de los ciudadanos y ciudadanas la información relativa a los servicios y prestaciones que ofrecen y los requisitos, condiciones, trámites y plazos de los procedimientos administrativos y los medios para acceder a ellos.

46. Los entes y órganos públicos dispondrán de sistemas de organización y producción de información básica sobre su gestión, para facilitar la participación ciudadana”.

En la atmósfera de la OCDE, más actual y presente, se encuentra otra disposición internacional relativa al estudio, el Convenio OCDE de lucha contra la corrupción, cuya magnánima voluntad representó en 1997 un convenio verdaderamente enfocado a un problema compartido, delitos en que se extraiga un beneficio propio o a terceros saliente de arcas públicas y valiéndose de un cargo público. El escritor de la presente se refiere a una referencia importante en materia de transparencia en el que todos los países de la OCDE adoptaron en el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

Este Convenio, ha sido suscrito hasta la fecha por 41 países: los 34 miembros de la OCDE¹⁰², más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia y Sudáfrica.

El Convenio tiene como objetivo garantizar eficazmente una libre competencia, libre de vicios por prácticas calificadas de corruptas. Este objetivo, entre otros similares, se ha traducido en el compromiso, aceptado por los países firmantes de adoptar una serie de modificaciones legales que se estimen oportunas y convenientes para poder reprimir tales actos como los actos de soborno a funcionarios públicos extranjeros

¹⁰² La sede virtual de la OCDE a fecha de 19 de marzo de 2016 cita como miembros de tal organización: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. Disponible en: <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

realizados por sus nacionales, con la intención de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

El Convenio estipula disposiciones obligatorias para los países en cuatro ámbitos económico-jurídicos:

- Penal: El Convenio establece la obligación de definir como delito y castigar el cohecho realizado para la obtención de algún contrato internacional. Este instrumento también sanciona la complicidad.
- Contable: Establece recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de algunos gastos en los registros contables. Se sancionan las omisiones, alteraciones, fraude y falsificaciones de registros, cuentas, estados financieros y libros con el propósito de ocultar el cohecho.
- Blanqueo de dinero: El detectar un pago de soborno ilegal relacionado con transacciones internacionales es suficiente para provocar la aplicación de la legislación contra el blanqueo de capitales para que esos pagos puedan ser confiscados.
- Asistencia legal mutua: Si se utilizan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, el Convenio obliga a los países signatarios a proveer el apoyo legal oportuno, además de establecer provisiones relativas a la extradición.

Finalmente terminaremos con un estudio y designación de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas¹⁰³. Uno de los dictámenes internacionales a

¹⁰³ Para alcanzar un conocimiento más intenso de la repercusión y naturaleza de estos dictámenes se recomienda la lectura de CASTAÑEDA, J., *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*. Colegio de México, 1967.

valorar en la obra es Resolución de la Asamblea General sobre Acceso a la información pública y protección de datos personales AG/RES. 2661 (XLI-O/11)¹⁰⁴.

Pionera afirmación se encuentra en esta resolución al ser el primer texto supranacional firmado con un reconocimiento directo y exclusivo al derecho de acceso a pesar de que la Organización de Estados Americanos no tiene influencia ni vinculación alguna a nuestro ordenamiento jurídico, pero no deja de ser un estudio comparado que a la defensa atañe en términos de reconocimiento de derechos de acceso como organismo supranacional homólogo a la UE. Este ente, amparándose en anteriores resoluciones del mismo órgano como la de *“Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia”*, la *“Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública”* y reiterando todos los mandatos y consideraciones históricas, procedimentales, jurídicas, políticas y sustantivas contenidas en éstas resuelve en la cuarta sesión plenaria, de 7 de junio de 2011, lo siguiente:

- “1. Reafirmar la importancia del acceso a la información pública como requisito indispensable para la democracia y el compromiso de los Estados Miembros de respetar y hacer respetar el principio de brindar acceso a la información gubernamental.*
- 2. Alentar a los Estados a que en el diseño, ejecución y evaluación de sus normativas y políticas sobre acceso a la información pública, consideren la aplicación e implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública contenida en la resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10) y su Guía de Implementación.*
- 3. Encomendar a la Secretaría General, a través del Departamento de Derecho Internacional, que con la colaboración de la sociedad civil apoyen los esfuerzos de los Estados miembros de tomar las medidas legislativas y otros medios apropiados para garantizar el acceso a la información pública, en particular para la implementación de la Ley Modelo o para continuar su adecuación a la misma; y la promoción de contactos e intercambio de mejores prácticas de las*

¹⁰⁴ Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2661_XLI-O-11_esp.pdf

autoridades nacionales (Comisionados, Ombudsman, etc.) encargadas de la implementación del acceso a la información pública...”

En primer lugar comienza la resolución con una definición antes de entrar a numerar, delimitando el acceso a la información pública, por un lado, y la protección de datos personales, por el otro, como valores fundamentales que deben trabajar siempre en concordancia. De los once puntos, son los cuatro primeros los de interés a estudio, siendo el resto meras formalidades protocolarias fruto de su ejercicio administrativo en relación a una serie de comisiones internas y análogas.

De estos primeros apartados se extrae una primordial vinculación del derecho de acceso a la información con el Buen Gobierno y con las democracias. Si bien es cierto que no en todos los Estados Americanos se respetan estas garantías, como Venezuela, Haití, Honduras y similares y no aparentan el respeto a los Derechos Humanos ni mucho menos la mitad de los pertenecientes goza de aspirar a un Estado de Transparencia, es porque no han pertenecido permanentemente a esta organización por razón de sus gobiernos y situación política y otros a pesar de pertenecer no gozan del aparato económico- político de impulso de garantías sociales de Transparencia de Estado.

En esta resolución se menciona la figura del Comisionado u Ombudsman¹⁰⁵ como sujeto orgánico sugerido a responsabilizarse de la garantía del derecho de acceso en cada Estado. Si bien en España el Defensor del Pueblo tiene funciones en contencioso administrativo según se extrae de la LTBG y es un auxilio alternativo en jurisdicciones como sujeto de acción judicial y vía constitucional de amparo, es el CTBG el que asume las premisas en transparencia al igual que en la mayoría de países.

¹⁰⁵ Figuras europeas copiadas en el resto del mundo, figuras como el Mediateur Français, el Ombudsman de Noruega o Suecia o el Comisario Parlamentario Británico que en España es denominado Defensor del Pueblo y que goza autónomamente de una mayor variedad e implantación con figuras de mismas funciones denominadas Valedor de Pobo Gallego, Justicia Mayor de Aragón, Procurador Común de Castilla, Ararteko Vasco, Síndic de Greuges en Cataluña, el Diputado del Común Canario o el Defensor del Pueblo Andaluz.

Por otro lado y en segundo lugar es imprescindible la alusión a la Resolución de la Asamblea General sobre la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública AG/RES. 2607 (XL-O/10)¹⁰⁶, previa a la anteriormente estudiada. Este dictamen introduce y reafirma¹⁰⁷ la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010, la cual resolvió que: *“el acceso a la información es un derecho humano fundamental y una condición esencial para todas las sociedades democráticas”* y que *“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”*. Aquí se sienta una catalogación extraordinaria para este derecho, la defendida en la presente tesis, su carácter de humano y fundamental, y con este reconocimiento, asimilable a un estatuto o Ley Marco, se establece el espejo en que los Estados del continente han de mirarse.

Consolidando la primera Ley Marco de Transparencia y Acceso a la Información supranacional del mundo, la OEA implanta una primera a Ley Modelo rezando premisas como que *“El derecho de acceso a la información está basado en el principio de máxima divulgación de la información; Que las excepciones al derecho de acceso a la información deberán ser clara y específicamente establecidas por la ley; Que aun en la ausencia de una petición específica, los órganos públicos deberán divulgar información sobre sus funciones de forma regular y proactiva, de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible; Que el proceso para solicitar información deberá regirse por reglas justas y no discriminatorias que establezcan plazos claros y razonables, que provean de asistencia para aquel que solicite la información, que aseguren el acceso gratuito o con un costo que no exceda el costo de reproducción de los documentos y que impongan a los órganos públicos la justificación del rechazo a una solicitud de acceso dando las razones específicas de la negativa; Que*

¹⁰⁶ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf

¹⁰⁷ En sus dos puntos primeros:

1. Tomar nota de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, documento CP/CAJP-2840/10, que forma parte de esta resolución, así como de la guía para su implementación, contenida en el documento CP/CAJP-2841/10.
2. Reafirmar, en lo que resulte aplicable, los mandatos contenidos en la resolución

toda persona deberá tener el derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción al acceso a la información ante una instancia administrativa y de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia; Que toda persona que intencionalmente niegue u obstruya el acceso a la información violando las reglas establecidas en la presente ley deberá estar sujeta a sanción; y Que deberán adoptarse medidas para promover, implementar y asegurar el derecho de acceso a la información en las Américas”.

Se podría criticar de esta resolución desde la actualidad su carácter sucinto o primitivo en el campo que nos ocupa dado el extraordinario desarrollo que ha venido experimentando en los últimos lustros, pero por esta razón de pureza ha de respetarse y reconocer el mérito democrático de resolver tal elemento. Es una resolución adelantada a su época y que a niveles de organizaciones de países supone una precursora de las que a continuación iban a implantarse.

En conclusión, en pocas líneas se establecen los elementos generales de un procedimiento con garantías para solicitar información que hoy ya están cotidianamente aceptadas pero que suponían un avance en el momento en el que se propone el aval de instancias superiores en caso de negativa, garantizar la integridad del mismo, la seguridad jurídica de la petición, dinámicas de Buen Gobierno a través de disuasiones por medio de sanciones, obligando a la gratuidad de la solicitud u oferta de información “top down” o de transparencia activa.

II.2. Impacto del derecho comunitario y jurisprudencia europea

A modo de introducción, desde el origen de la UE a mediados de siglo XX, el derecho a la información en general y en particular el de acceder a información pública ha sido consagrado desde la posguerra como medio para reformular la relación de la Administración con los administrados y del ciudadano con el Estado.¹⁰⁸ En plena

¹⁰⁸ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “El acceso a la información como derecho”. *Anuario de Derecho a la Información*, 2000, vol. 1, XXI, p. 148.

formulación de las líneas que preparaban los primeros pactos económicos (CECA de 1951, Euratom de 1957, CEE de 1957...), encontramos en los Tratados constitutivos manifestaciones relativas a la transparencia de las instituciones comunitarias. Conforme avanzaba la consolidación de la misma, las disposiciones sobre transparencia fueron aplicándose a otras materias como medio ambiente, prensa o igualdad.

A modo de anticipo introductorio de las experiencias europeas en transparencia, se ha de comenzar señalando la Declaración nº 17 adjunta al Acta final del Tratado de la Unión Europea¹⁰⁹ firmado en Maastricht, como sólido punto de partida en materia de transparencia al ser aquí donde se reconoce la primacía del Derecho Europeo sobre el individual de los Estados con el objetivo de obtener la confianza de las personas en las instituciones jurídicas europeas con lo que el trasvase de derechos desde este momento ha sido incesante.

Con la celebración de los sucesivos Consejos Europeos se sentaron las bases de la política sobre transparencia comunitaria y poco a poco las instituciones alcanzaron acuerdos favorables a la transparencia de las mismas aprobando los Códigos de acceso a los documentos del Consejo y de la Comisión, cuyos principios inspiraron más tarde las normas vinculantes en dicha materia, que adoptaron otras instituciones, órganos y organismos comunitarios. Estos Códigos de Buena Conducta son los que establecieron entre otros, los principios a cumplir por los funcionarios comunitarios en los procesos de solicitud de acceso a documentos obrantes en el seno orgánico de la UE que supuso un avance adicional en sistemas informáticos o internet facilitando que mediante cualquier ordenador se pueda ejercer el ejercicio del derecho de acceso a la información pública europea.

Ha de destacarse también la labor del Defensor del Pueblo como institución europea en esta materia en la promoción de adopción de medidas de transparencia de

¹⁰⁹ Esta Declaración relativa a la primacía rezaba *“La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”*.

Estado, sobre acceso a la información pública, mediante la investigación y emisión de informes.

A continuación, no es otro que el Tratado de Ámsterdam en 1997 con el que se inaugura una nueva etapa en materia de transparencia comunitaria introduciendo el principio de apertura en la toma de decisiones así como al declarar el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, además de establecer los medios de impugnación frente a resoluciones denegatorias de solicitudes de acceso.

Seguidamente el Tratado Constitucional de 2003 contrajo los principios de democracia representativa y participativa, al tiempo que extendió el derecho de acceso a los documentos ya que al no entrar totalmente en vigor este, todos los principios en él contenidos, fueron transferidos al Tratado de Lisboa.¹¹⁰

Los dos buques insignias de transparencia de éxito, de exposición y de limpieza que la UE alinea en el contexto internacional son el famoso Portal de Transparencia Europeo y el Registro de transparencia de la UE. Otra de los logros comunitarios para todos los europeos, ya con ciudadanía europea, es el derecho a saber cómo se cuajan las decisiones institucionales europeas, quienes participan en su elaboración, quién y en concepto de qué recibe financiación del presupuesto de la UE y en qué documentos se basan la preparación y la adopción de los actos legislativos europeos conjuntamente al derecho a acceder a esos documentos y a manifestar su opinión, ya sea directa o indirectamente, a través de los intermediarios que les representan.¹¹¹

En suma, estas piezas han significado los referentes de tratados e institucionales básicos para los Estados miembros junto con los siguientes elementos que van a desarrollarse, en cuanto a la influencia en los ordenamientos jurídicos internos de los mismos y que poco a poco han ido implantando.

¹¹⁰ QUIROS SORO. F., “Transparencia en la Unión Europea”, *MEI*, II, Vol. 3, n° 5, 2012. pág. 193. Disponible en: <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/Dialnet-LaTransparenciaEnLaUnionEuropea-4766996.pdf>

¹¹¹ Disponible en: http://ec.europa.eu/index_es.htm

Comenzando con las declaraciones comunitarias que nos atañen en la investigación partiremos con el primero de los manifiestos. Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales es la primera declaración europea en reconocer sucintamente un derecho a “recibir información”. Reconocido y firmado por los 47 Estados pertenecientes al Consejo de Europa, forma este convenio parte de la Carta Europea de Derechos Humanos junto a un conjunto de protocolos y pactos en donde a efectos de transparencia y acceso, hemos de atender a su art. 10 el cual adelanta:

“Libertad de expresión:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa...”

A partir de este precepto, la próxima alusión de renombre en términos de acceso a la información no aparecerá hasta finales de siglo XX con el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia medioambiental de 1998. Fue firmada en Dinamarca y se conocía normalmente como “*Convenio de Aarhus*”, a la que puede definirse como tratado internacional que regula los derechos de participación ciudadana en relación con el medio ambiente en el marco de la antigua Comunidad Económica Europea.

El acceso a la información en materia medioambiental es el primero de los derechos regulados por el Convenio de Aarhus y es un requisito previo para que puedan ejercerse el resto de derechos regulados en el mismo. El tratado recoge el derecho de acceso a la información tanto en su vertiente activa en su art. 5, como en su vertiente pasiva en su art. 4, implicando la primera la obligación de las Administraciones Públicas de difundir la información ambiental que poseen, concretamente los informes

sobre la situación del medio ambiente en cada Estado al menos cada cuatro años y en la vertiente pasiva, en cambio, implica la obligación de entregar a los ciudadanos la información en materia de medio ambiente que soliciten, en el plazo máximo de un mes.

Poco después de esta declaración, es reconocible que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue el primer cuerpo jurídico del milenio en evocar, instaurar y elevar a dicho rango el derecho de acceso a los documentos de carácter público. Adoptada en Niza en el año 2000, contiene los derechos de recepción de información, protección y acceso a datos, archivos y expedientes de carácter personal, a la buena administración, obligación de la administración, la obligación de motivar sus decisiones y el acceso a los documentos de las instituciones europeas según los arts. 11 y 42. El primero, reservado a la libertad de expresión y de información, fija:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”.

Pero es en el segundo donde entra en el fuerte del derecho de acceso instalando el art. 42 de la carta el derecho de acceso a los documentos de la siguiente forma:

“Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”.

Casi una década después, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos firmado en Troms, Noruega el 18 de junio de 2009, obliga a los Estados que deseen adherirse en su art. 2 un derecho de acceso a los documentos públicos en la que cada parte *“garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas. 2) Cada Parte tomará las medidas necesarias en su ordenamiento jurídico para hacer cumplir las previsiones sobre acceso a documentos*

públicas previstas en este Convenio. 3) Estas medidas deberán ser adoptadas por cada Parte a más tardar en el momento de la entrada en vigor de este Convenio”.

Por su parte el art. 6 establece que a la firma del convenio los Estados firmantes habrán de establecer unas formas concretas de acceso de la siguiente manera “*Formas de acceder a los documentos públicos 1) Cuando se concede el acceso a un documento oficial, el solicitante tiene el derecho a elegir si examina el original o una copia, o si recibe una copia en cualquier forma disponible o en el formato que elija, a menos que la preferencia expresada sea irrazonable”.*

Terminamos como no puede ser de otra manera con la Carta Social Europea, la segunda gran manifestación de derechos humanos de la Unión después del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.¹¹² Esta gran desconocida es un tratado internacional de carácter vinculante que constituye un importante elemento para la defensa de los derechos humanos¹¹³. La Carta Social Europea fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961¹¹⁴ y se instituyó como Instrumento de Ratificación el 29 de abril de 1980.

A priori poseía alusiones socio-laborales acerca del acceso a la información en tres preceptos. El art. 19 titulado “*Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia*” que rezaba “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores... a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: 1 a mantener o a cerciorarse de que existen servicios gratuitos adecuados... particularmente para suministrarles informaciones...*”. Muestra

¹¹² CARAZO defina a la Carta como el “*estándar mínimo de protección de los derechos*” que “*constituye un complemento necesario del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950*”. CARAZO LIÉBANA, M., “La eficacia de la carta de derechos fundamentales en la proyectada Constitución Europea”. *Foro constitucional iberoamericano*, Núm. 8, 2004, p 4.

¹¹³Análisis por SAURA. J., sobre “*esa desconocida...*” en referencia a la Carta de Derechos Sociales. Disponible en: http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/Carta-Social-Europea-desconocida_0_228527556.html

¹¹⁴ BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980, pp. 14533 a 14540 (8 págs.) Núm. referencia: BOE-A-1980-13567.

del compromiso comunitario en que en la maya supraestatal existiese un derecho de acceso a la información garantizado de forma pública. Otra alusión existe en el art. 21 “*Derecho a la información y a la consulta*” en el que se continúa la senda del derecho a la información por medio del acceso pues es la consulta la prueba de la intención del legislador de apuntar al derecho de acceder, no de informar. En tercer lugar el art. 29 sobre “*Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo*” el cual erige la garantía “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a ser informados...*”.

Finalmente, el sistema de supervisión complementario está recogido en la Parte IV de la Carta, la cual fue modificada y actualizada por el Protocolo de Turín de 1991, de manera que aparece un art. 24.3 con un órgano supervisor, “*El Comité de Expertos Independientes*” en virtud del cual “*I podrá ponerse en contacto directamente con las Partes Contratantes para solicitar información...*”. En definitiva podemos dar fe por lo expuesto de la preocupación del legislador comunitario en la protección del derecho de acceso a la información en clave o con tintes directos de derecho fundamental, elemento de defensa en la discusión doctrinal acerca de la categoría y naturaleza del derecho de acceso a la información pública, su instrumentalización posible y demás que analizaremos en siguientes capítulos.

Las Directivas de la Unión Europea, como disposiciones normativas de carácter vinculante para los Estados, ocupan un lugar importante en este estudio al que se va a dar una posición acorde a la dedicación que a la transparencia y acceso a la información ha dado.

Como FERNANDEZ RAMOS describe, eran varias las disposiciones relativas a la transparencia administrativa en el Tratado de la Comunidad Económica Europea¹¹⁵, si

¹¹⁵ Ejemplo de la escasez de materia normativa en acceso a información es el único antecedente que ofrece el autor “...con el triple objeto de fomentar la investigación sobre la historia del funcionamiento de las instituciones europeas, fue aprobado el Reglamento del Consejo de 1 de febrero de 1983 sobre la apertura de los archivos de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, en virtud del cual se reconoce el acceso del público a dichos archivos tras un periodo de 30 años a contar desde la fecha de producción de los documentos y piezas”, FERNÁNDEZ

bien no hubo un deber taxativo que plasme la publicidad activa en el ámbito administrativo comunitario previo al Tratado de la UE hasta que el 23 de enero de 1988 el Parlamento de la UE aprobase la resolución de publicidad de procedimientos comunitarios en la que se estima el derecho a la información como un derecho fundamental del ciudadano europeo, esta es la Directiva 90/313/CEE.

La primera directiva en este campo y que más ha evolucionado a lo largo del tiempo está dedicada solo a la información pública medioambiental. Recuerda FERNANDEZ RAMOS que este interés nace en la Resolución de 19 de octubre de 1987, relativo al cuarto programa de medio ambiente de la Comunidad Europea (1987-1992), donde el Consejo de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo declaran la necesidad de mejorar el acceso a la información sobre el medio ambiente, y con mayor claridad el propio programa recomendó la elaboración de procedimientos para que el público tenga mayor acceso a la información que las autoridades responsables del medio ambiente tiene en su poder¹¹⁶.

Otro punto de partida del interés comunitario en este desarrollo nace en el preámbulo de la propuesta de Directiva del Consejo sobre libertad de información en materia de medio ambiente 88/C 335/04, presentada por la Comisión el 31 de octubre de 1988¹¹⁷ sentencia la siguiente afirmación *“necesidad de mayor transparencia en todo el proceso de reglamentación y aplicación de las normas existentes, en particular en todo lo relativo a la información pública”* a lo que su primer precepto continua *“se garantiza en toda la Comunidad Europea la libertad de acceso a la información especialmente la medioambiental en poder de la autoridad pública y su difusión, conforme a las disposiciones de la presente Directiva”*.

El presente texto derivó en la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990 que mencionábamos al inicio, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio

RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 220.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 234.

¹¹⁷ Publicado en el DOCE, nº C-335, de 30/12/1988, p. 5.

ambiente¹¹⁸ que debía entrar en vigor para todos los Estados Miembros antes de 1993. Reflejo de esta indicación es la publicación en España de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre de derecho de acceso a la información en medio ambiente y que se demoró en implantarse tres años más de lo permitido.

Esta normativa comunitaria comenzaba en su Exposición de Motivos con las siguientes máximas *“el acceso a la información sobre medio ambiente que obre en poder de las autoridades públicas mejorará la protección medioambiental...es necesario garantizar que cualquier persona física o jurídica tenga libre acceso en la Comunidad Europea a la información escrita, visual y sonora o de base de datos, que obre en poder de las autoridades públicas y que se refiera a la situación de medio ambiente, las actividades o medidas que afecten o puedan afectar adversamente al medio ambiente, así como las destinadas a protegerlo”*. A continuación, al igual que en la propuesta, sigue un primer precepto que resume el objeto, esta vez lo definió así *“el objeto de la presente directiva es garantizar la libertad de acceso y la difusión de la información sobre medio ambiente que esté en poder de la autoridad pública, así como establecer los plazos y condiciones básicas en que se pondrá a disposición dicha información”*.

Como normativa vinculante para los Estados Miembros, el art. 3 y 6 de la Directiva 90/313/CEE establecían respectivamente que en el término impuesto se había de implementar todo *“lo necesario para que las autoridades públicas estén obligadas a poner la información relativa al medio ambiente a disposición de cualquier persona física o jurídica que así lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés determinado”* y que efectuasen obligatoriamente *“una publicidad activa al respecto”*.

Casi una década después la Directiva 2003/4/CE¹¹⁹, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso público a la información medioambiental deroga la inicial Directiva 90/313/CEE lo cual supuso un perfeccionamiento y desarrollo de la anterior dotando de

¹¹⁸ Publicado en el DOCE, nº L-158 de 23/6/1990, p. 56.

¹¹⁹ Publicado en el DOUE nº. 41, de 14/2/2003, pp. 26-32.

mayor alcance al derecho de acceso a la información ambiental a todas las informaciones obrantes al respecto en poder de los Estados y creando garantías con un procedimiento con todos sus elementos necesarios (definiciones, plazos, límites, etc.).

A continuación, la Directiva 2003/98/CE¹²⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público vino a establecer un conjunto mínimo de normas que regulan actualmente la reutilización y los instrumentos prácticos que facilitan la reutilización de los documentos existentes conservados por organismos del sector público de los Estados Miembros y que entró dos años más tarde de lo indicado¹²¹ en vigor en España con la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

Estas normativas ponen en valor la inclinación comunitaria que ha dado lugar a que los Estados de la UE reflejen hoy día en mayor o menor medida, con mayor o menor premura en sus ordenamientos premisas de transparencia en sus administraciones.

MESTRE defendía ya hace casi veinte años la existencia de la transparencia como un Principio General del Derecho Comunitario¹²² basándose en los derroteros de las Directivas aludiendo a la Declaración 17 relativa al derecho de acceso a la información aneja al Acta Final del Tratado de la UE firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 que dice *“La Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las instituciones, así como la confianza del público en la Administración”*. Así el autor dejaba de manifiesto la fuerte tendencia

¹²⁰ Publicado en el DOUE nº. 175, de 27/6/2003, pp. 1- 8.

¹²¹ En atención al art. 12 de la Directiva 2003/98/CE que establecía de plazo hasta 2005 de la siguiente forma *“Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el... de junio de 2005”*.

¹²² MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 60 y ss.

comunitaria en premisas de calidad democrática tan importante y evidentes hoy día como lo es abrir los debates sobre programas de trabajo y de cuestiones fundamentales de interés comunitario, la publicación de actas de votaciones.

En otra escala, pero con carácter dispositivo se encuentran en la UE otras disposiciones comunitarias aledañas como los Códigos de Conducta y el Libro Verde sobre la iniciativa europea en favor de la transparencia. Empezando por este último, el Libro Verde de 3 de mayo de 2006, es un referente por poner en marcha una consulta pública en relación a temas al objeto de mejorar la transparencia del proceso de toma de decisiones cuando la Comisión lanzó la Iniciativa europea en favor de la transparencia, el 9 de noviembre de 2005, estableciendo una distinción entre los tres ámbitos de acción: el suministro de información más completa sobre la gestión y la utilización de los fondos comunitarios, la deontología en las instituciones europeas y el marco en el que los grupos de presión y las organizaciones de la sociedad civil.

Además planteó retos que luego logró como en el ámbito de financiación instaurando una sede virtual destinada a mejorar el control de la utilización de los fondos de la UE que son de gestión compartida junto con una serie de medidas que permitieron reanudar el debate con las demás instituciones europeas sobre las normas deontológicas que deben observar los mandatarios políticos de las instituciones europeas, la revisión de la legislación relativa al acceso a los documentos y la revisión del marco jurídico que regula las actividades de la OLAF (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude)¹²³.

Finalmente, por lo que se refiere a la última serie de medidas, la Comisión observó la existencia de tres grandes aspectos de la Iniciativa europea en favor de la transparencia que habría que desarrollarse sobre la base de una consulta pública abierta, que son objeto del presente Libro Verde.

Más adelante, a mediados de los años 90, quizás con el ya no vigente art. 255 del Tratado de Ámsterdam como germen que en otro epígrafe será estudiado, el Consejo de

¹²³ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:134008>

la UE y la Comisión aprueban el Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo¹²⁴ y de la Comisión¹²⁵. El Código presentó como principio general el mayor acceso posible a los documentos que posean la Comisión y el Consejo estableciendo una definición de lo que entiende por documento público *"todo escrito, en cualquier soporte, que contenga datos existentes y que esté en poder del Consejo y de la Comisión"*. A continuación, regula también las solicitudes por escrito y estableciendo que *"deberá contener en particular una serie de elementos que sirvan para identificar el documento o los documentos de que se trate"*. Si el autor del documento fuese una persona física, jurídica u otro organismo, la solicitud deberá dirigirse directamente al mismo. El acceso a los documentos se realizará, bien mediante consulta "in situ", bien mediante copia y la Institución podrá disponer que no se realice una difusión del documento o una utilización con fines comerciales.

El Código fue desarrollado por la Decisión 93/731/CEE¹²⁶, de 20 de diciembre de 1993 de acceso del público a los documentos del Consejo y la Comisión en la Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom de 8 de febrero de 1994. Este doble desarrollo consolida el Código con la única novedad en la Comisión de añadir el plazo de un mes para resolver la desestimación de una solicitud y en el Consejo que la ausencia de respuesta determinara la denegación por silencio administrativo negativo tal como se da en la regulación española.

Por otro lado en el año 2000 se aprueba por la comisión el Código de Buena Conducta Administrativa de la Comisión¹²⁷ destacando los principios fundamentales que deben regir una Administración Pública europea *"centrada en el servicio, la independencia, la responsabilidad, la eficacia y la transparencia"* donde los ciudadanos podrán presentar reclamaciones sobre una eventual infracción de los principios establecidos directamente en este Código ante la Secretaría General de la Comisión Europea, que la enviará al departamento pertinente. Establece que el Director

¹²⁴ Publicado en el DOUE nº 46, de 18/2/1994, pp. 58-61.

¹²⁵ Publicado en el DOUE nº L-340, de 31/12/1993.

¹²⁶ Publicado en el DOUE nº 325, de 14/12/1996, p. 19.

¹²⁷ Publicado en el DOUE nº L-267, de 20/10/2000.

General o Jefe del departamento contestará al denunciante por escrito en el plazo de dos meses a la reclamación desde el que el denunciante tendrá un mes para solicitar al Secretario General de la Comisión la revisión de la respuesta a la reclamación a modo de recurso el cual será contestado por el Secretario General en el plazo de un mes.

Más adelante, en el año 2001, en su día 6 de septiembre, el Parlamento Europeo¹²⁸ resolvió aprobando el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa¹²⁹ introduciendo algunas pautas cuyo objeto no es otro que la redacción de normas relativas al servicio que el ciudadano europeo puede esperar de la Comisión basadas en unos principios fundamentales de entre los que destacan por un lado, su control y la publicación de datos estadísticos y el derecho de los ciudadanos a que se les atendiese con corrección y por otro a que se contestase a sus escritos en un plazo reglamentario.

Los principios básicos que contienen estos Códigos de buen hacer administrativo son los que los funcionarios debían observar en su trato con el público, promovían la adopción de decisiones en un plazo razonable y en todo caso no superior a dos meses y motivando las decisiones de las instituciones desfavorables a los derechos de las personas privadas, en cuyo caso debía indicarse los medios de recurso frente a dichas decisiones. Además los Códigos comunitarios promovían el mantenimiento de archivos de documentos, la publicidad del Código y la reclamación ante el Defensor del Pueblo por el incumplimiento por los funcionarios de los principios recogidos en el mismo.

¹²⁸ El cual ya había sentado sus intenciones en la materia en la Resolución de 22 de abril de 1994, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea nº C-128 de 9/5/1994, sobre transparencia en la UE en la que sentenciaba que la transparencia “*consiste en el acceso de los ciudadanos a las decisiones de las autoridades de la UE, a sus trabajos preparatorios o relacionados con ellas y, en general, al conjunto de las documentaciones de que disponen dichas autoridades ...destacando que la transparencia de las distintas instituciones es insuficiente si el conjunto del sistema comunitario permanece opaco para los ciudadanos*”. Además la resolución ya clarificaba que “*los debates y votaciones de las autoridades legislativas deberían ser públicas y, por consiguiente, objeto de una publicación regular rápida, tanto por parte del Consejo, en su función de legislador como por parte del Parlamento Europeo*”.

¹²⁹ Disponible en el siguiente enlace:
http://www.monzon.es/descargas/documentos/codigo_europeo.pdf.

Junto a las estudiadas referencias comunitarias se sugiere la mención de las siguientes medidas políticas y legislativas en materia de transparencia de ámbito europeo para complementar y enriquecer el capítulo antes de adentrar el foco en la jurisprudencia y los Estados europeos concretos. Dichas disposiciones son:

- Iniciativa europea en favor de la transparencia: el Registro de grupos de interés, un año después de la Comisión de las Comunidades Europeas COM (2009), 28/10/2009.
- Decisión de la Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad de 19 de julio de 2011 relativa a las normas de acceso a los documentos (2011/C 243/08).
- Informe de la Comisión sobre la aplicación, en el año 2010, del Reglamento (CE) nº 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Bruselas, 12.8.2011 COM (2011) 492 final.
- Reglamento de Parlamento europeo (Art. 39).
- Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2009, sobre las mejoras necesarias en relación con el marco jurídico de acceso a los documentos a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (Reglamento (CE) n o 1049/2001) (2010/C 286 E/03).
- Decisión nº 12/2005 del Tribunal de Cuentas europeo, de 10 de marzo de 2005, relativa al acceso público a los documentos del Tribunal (2209/C67/01).
- Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre de 2003 relativa a la reutilización de la información del sector público DOUE serie L nº 345/90 de 31.12.2003.
- Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: Iniciativa Europea en favor de la Transparencia: Un marco para las relaciones con los representantes de intereses COM, 323 final, Bruselas, 27/5/2008.
- Comunicación de la Comisión del seguimiento del Libro Verde "*Iniciativa europea en favor de la transparencia*" COM, 21/3/2007.

- Comunicación de la Comisión: Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo- Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas COM (2002) 704 final.

En último lugar, nos referiremos a la jurisprudencia europea en la materia con una alusión especial al art. 255¹³⁰ del Tratado de Ámsterdam. La jurisdicción comunitaria ha tenido la fortuna de pronunciarse sobre el alcance de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública en varias ocasiones y normalmente en sentencias de recursos. Las resoluciones más importantes a nivel de contenido jurisprudencial sobre acceso a la información se extraen de demandas entre ONG pro acceso a la información y pro transparencia contra órganos de la UE y Estados Miembros respecto a la denegación o permisión de cierta información de carácter público-comunitario.

En primer lugar, se destaca la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo T-93/11 de 13 de julio de 2013¹³¹, la cual tiene por objeto la anulación de la decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2010, denegatoria del acceso íntegro por la demandada a diversos documentos relativos a las negociaciones (actas de grupos de trabajo, posturas

¹³⁰ Art. 255 Tratado de Ámsterdam:

“1. 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 del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos.”

¹³¹ Sentencia disponible en el siguiente enlace:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138132&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid>

de los Estados, identificación de intervinientes, etc.) entre la UE y la República de la India para la firma de un acuerdo de libre comercio. Alemania se une a la causa de parte de la UE en la defensa.

La demandante fue la ONG Stichting Corporate Europe Observatory (Observatorio Corporativo de Europa), con fines de investigación, filantropía política y activista pro acceso. Solicitó más de un centenar de documentos sobre aquellas negociaciones de los cuales la Comisión facilitó una amplia mayoría, pero no todos. El conflicto radica en la denegación a la solicitud del resto, justificada en la aplicación del art. 4.1.a), tercer guión¹³², del Reglamento nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión¹³³.

La ONG alega que no es aplicable dicha norma en la que se escudan *“debido a que esos documentos han entrado en el dominio público como consecuencia de las acciones y omisiones de la Comisión”* y que ha de corresponderle el trato de agente solicitante como cualquier otro de los permitidos a lo que el propio tribunal detalla que *“la demandante alega que no existe ninguna diferencia destacada entre ella y los sectores empresariales consultados por la Comisión, por lo que ésta actuó de manera discriminatoria al divulgar documentos únicamente a esos sectores. Tanto más es así toda vez que la Comisión no puede demostrar porqué la demandante sería menos fiable o digna de confianza que las organizaciones profesionales destinatarias de los documentos”*. En este momento se aprecia la colisión de interpretaciones y un antes y un después en la que las ONG como entes imparciales y sin ánimo de lucro

¹³² Art. 4.1.a) Excepciones:

“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”.

¹³³ Diario Oficial de la Unión Europea L-145 de 30/5/2001, p. 43.

interactuaban con las instituciones europeas de tú a tú con la tutela judicial que le corresponde y que le garantizó una amplia mayoría de documentos y el ajustar su estatus al de los agentes económicos con intereses a pesar de que no se logre la totalidad del *petitum*.

En esta causa se ponen de manifiesto las controversias entre varios principios de índole mayor como es el de denegación de documentos confidenciales con el principio de igualdad y no discriminación donde reiterada jurisprudencia¹³⁴ exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se traten de manera idéntica situaciones distintas, a no ser que este trato esté objetivamente justificado.

Con este texto judicial se dio un toque mayúsculo de atención a la Comisión en vías de poner fin a su errónea práctica de concesión a las grandes empresas de acceso privilegiado a las políticas comerciales de la UE a expensas del interés general. Esta discriminación conducía a una política comercial que satisfacía cuidadosamente y con esmero las necesidades de las grandes empresas olvidando los devastadores efectos de éstas para los derechos individuales y para el medio ambiente.

Finalmente a pesar de que se desestima¹³⁵ la pretensión del observatorio, fue una media estimación o una derrota con sabor a gloria dado que se logró más del 80% de los documentos solicitados, logró vencer por vía extrajudicial algunos de los límites inicialmente impuestos y dar visibilidad a una situación de desigualdad en el acceso a la información entre otros resultados igualmente positivos en el seno de las instituciones comunitarias.

¹³⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, apartado 95, y de 19 de julio de 2012, Lietuvos geležinkeliai, C-250/11, apartado 44.

¹³⁵ Aludiendo el tribunal a recordar que el interés público no se puede tomar en consideración en el marco de la aplicación de las excepciones obligatorias previstas en el art. 4.1, a), del Reglamento nº 1049/2001 (sentencia Sison/ Consejo, apartado 52 supra, apartado 52, confirmada por sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 2007, Sison/ Consejo, C-266/05 P, Rec. p. I-1233, apartado 47), como señaló la Comisión en la Decisión impugnada del principio.

Otra de las resoluciones a destacar es la Sentencia C-280/11 P¹³⁶ de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013 en casación¹³⁷ de otra ONG, Access Info Europa, contra el Consejo de la UE en la que se rechazan los argumentos formulados por el Consejo y por el gobierno de nuestro país los cuales que pretendían la reserva la identidad de los Estados Miembro a la hora de proponer enmiendas legislativas durante los debates en el Consejo así como cuestiones de posicionamiento de intereses.

En un principio, el Consejo defendió su férrea política de publicar documentos sobre un proceso legislativo cuando estuvieren tachados los nombres de los Estados Miembro garantizando una protección de identidad comercial¹³⁸ para que no se pudiera saber quién se encuentra detrás de las enmiendas y proposiciones presentadas. Conjuntamente en el asunto, el Gobierno de español esgrimió que era mejor mantener el anonimato de qué países eran los autores y artífices de cada enmienda para “evitar posibles presiones” sociales en cada Estado, lo cual es un incordio en la acción política esquivando controles ciudadanos.

Las acciones de la ONG fueron estimadas ante el Tribunal General en marzo 2011 el cual falló que la ONG tenía derecho de acceso a la información a un documento que solicitó en 2008 pero el Consejo recurrió la decisión y fue apoyada en el recurso por los gobiernos de España, Francia, Grecia, el Reino Unido y la República Checa. El Parlamento Europeo, que argumentaba a favor de una mayor transparencia del proceso legislativo, se unió al caso, dando un paso histórico al apoyar a la ONG y su misión de aumentar el acceso público a documentos europeos.

¹³⁶ Sentencia disponible en el siguiente enlace:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=143182&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=832750>

¹³⁷ La primera resolución T-233/09 de 22 de marzo de 2011 del Tribunal General de la UE está disponible en el siguiente enlace: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-233/09&language=es>

¹³⁸ Se sugiere la lectura de los estudios referentes al secreto comercial o industrial desde la óptica española contenidos en la obra de MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 176 y ss.

El Tribunal Europeo de Justicia rechazó los argumentos del Consejo que buscaban legitimar la no publicación de información completa para *“proteger la eficacia del proceso de toma de decisiones”* a lo que el Tribunal sentenció que *“la mera circunstancia de que la solicitud de divulgación se presentara en una fase muy temprana del procedimiento legislativo no era suficiente para permitir la aplicación de esa excepción”* además de que *“El gobierno Español debería integrar estos estándares de transparencia en todo el proceso legislativo, algo que no se contempla en la ley de transparencia, a punto de ser aprobada”*.

La importancia de esta resolución radica en que con esta inclinación, se da por entendido que los ciudadanos españoles tendrán la legitimación europea a la hora de acceder a información europea, de tener un parlamento más transparente y de saber qué es lo que ocurre en Bruselas lo cual hará más fácil a los eurodiputados el escrutinio de los procesos legislativos al conocer cuál es la posición que adopta cada país durante las negociaciones. Además, con esta resolución, como con muchas otras y gracias a la iniciativa de entidades como las ONG, se refuerza la legitimación ante los ciudadanos de las leyes y directivas europeas que nos afectan aumentando considerablemente además el control del eurociudadano sobre sus instituciones y Estados correspondientes para asegurar una rendición de cuentas pertinente en lo legislativo como Transparencia de Estado¹³⁹ en el Poder Legislativo de la unión Europea.

Sin duda una de las posturas jurisprudenciales más antiguas de la UE a favor del derecho de acceso indica MESTRE que es la Sentencia del Tribunal de la UE Asunto T-194/94 de 19 de octubre de 1995¹⁴⁰ de John Carvel y Guardian Newspapers contra el Consejo¹⁴¹.

¹³⁹ Concepto que se introduce en la presente tesis que se refiere a las políticas estatales en cada uno de los poderes del Estado destinadas a la consolidación de un llamado Estado de la Transparencia en el que la información pública consultable queda totalmente abierta al ciudadano, verdadero propietario de la misma y que ocupará más adelante un capítulo.

¹⁴⁰ Disponible en el siguiente enlace:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dba2100e00f4ae4c3cb99e8b9bcbcdc441.e>

En esta causa, como en las que se venían estudiando, se deniegan nuevamente unos documentos por parte de una institución comunitaria con las mismas intenciones que las indicadas anteriormente, proteger intereses particulares y protegerse de la opinión pública ciertas decisiones. En este caso se protegían las posturas de los Estados frente a asuntos de Justicia, Agricultura y Asuntos Sociales europeos sosteniendo que *“era preciso cuidar el secreto de las deliberaciones ya que los documentos de que se trataba contenían informaciones confidenciales relativas a la postura adoptada por los miembros del Consejo durante sus deliberaciones pues se trabajaba en el marco de un proceso de negociaciones y compromisos durante el cual los miembros expresan libremente sus preocupaciones y sus posturas nacionales. Es esencial que estas posturas sigan siendo confidenciales, en especial si los miembros se ven obligados a dejarlas de lado para que se pueda llegar a un acuerdo, en ocasiones hasta el punto de no seguir las instrucciones que les han sido dadas en el ámbito nacional sobre un determinado aspecto. Este proceso de negociaciones y de compromiso es vital para la adopción de la legislación comunitaria y se pone en peligro si las delegaciones han de tener en cuenta permanentemente el hecho de que sus posturas, tal y como figuran en las actas del Consejo, pueden hacerse públicas en cualquier momento debido a la posibilidad de acceso a dichos documentos, haya concedido o no el Consejo una autorización al efecto”* (European Court Reports 1995 II-02765).

El tribunal no dudo y respondió a tales argumentos estimando la petición de la parte demandante y subrayando, como recuerda MESTRE, que se ha de ponderar por una parte el interés del ciudadano y por otra el interés público del ciudadano en la obtención de documentos desde el secreto de deliberaciones en donde no se puede privar a los ciudadanos de tal acceso absteniéndose de la facultad del art. 5.1 de Reglamento interno derivados del art. 4.2 de la Decisión 93/731 relativa al acceso del público a los documentos del Consejo. Esta es, en resumidas cuentas, la doctrina europea que en este aspecto apunta no en balde a la protección del derecho de acceso y

34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNz0?text=&docid=103542&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=918555

¹⁴¹ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 67-71.

a tutelar su garantía frente a las armaduras institucional-comunitarias que se venían practicando.

Aludiendo ahora a un precepto de interés del Tratado de Ámsterdam y una vez repasado el perfil europeo respecto a la transparencia, especialmente el de las autoridades judiciales, ha de hacerse un comentario a uno de los bisturís de punta de lanza en el acceso a la información en el ámbito comunitario, el art. 255 del Tratado (vigente desde el 12 de junio de 1985 hasta el 1 de diciembre de 2009). Este precepto, de 23 años de historia en los años preadolescentes de la UE, se pronunció sobre transparencia y acceso a la información en un momento en el que se modernizó y modificó el Tratado de la Unión Europea donde se constituyó una definición completa de la UE institucionalmente. Así, esta norma puede decirse en palabras de MESTRE que fue aquella que ha consolidado el principio de transparencia comunitario¹⁴².

La doctrina académica inmediatamente posterior a la aprobación del Tratado de Ámsterdam discrepaba sobre la tesis, el alcance y la importancia a la que el que escribe alude, sin embargo autores como GUICHOT le asigna un rango totalmente fundamental y necesario¹⁴³ basándose en los estudios de derecho tanto a nivel legislativo como judicial que habían puesto de manifiesto desde mucho antes de que se tratase de un derecho reconocido en todos los Estados miembros como ocurre a día de hoy. A su juicio del mismo GUICHOT, el juez comunitario ya había reconocido que la normativa, como derivación del principio democrático, era propia al funcionamiento de las Instituciones, aunque pudiera ser objeto de regulación administrativa¹⁴⁴.

Es destacable en primer término que la regulación sobre acceso a documentos administrativos del art. 255 del TUE tenía un carácter aperturista, conciliador e inclusivo. Puede parecer que existió una fuerte influencia escandinava, de los Países

¹⁴² MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 73.

¹⁴³ GUICHOT, E., *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho europeo, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 296-297.

¹⁴⁴ GUICHOT, E., *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho europeo, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 82-85.

Bajos, que más adelante se tratará, por dedicar a la transparencia un espacio propio en un artículo separado aunque ese espacio no era precisamente el principal. Podría ser esta norma, como se adelantaba, el precedente de los Códigos de Conducta que vinieron luego y que se han manejado en la presente obra.

A partir de la norma en cuestión la interpretación de las Decisiones aprobadas bajo el Código de Conducta de 1993 hizo recaer una ardua labor de armonización jurídica en los entes jurisdiccionales comunitarios pues ahora existía un cimiento constitucional en los Tratados aunque no definía taxativamente el alcance máximo que poseía.

Este alcance inexorablemente estaba sujeto a la categoría que se concediera al derecho en el seno del sistema jurídico europeo. Así pues y al hilo del epígrafe anterior ha de decirse que la jurisprudencia tras la aprobación del art. 255 TUE resultó heterogénea y a veces errada poniendo de manifiesto que en el momento de la publicación de la norma estaba en proceso de redacción el esencial Reglamento 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Puede evidenciarse la importancia de esta norma de Transparencia de Estado comunitario en una resolución internacional como fue la del Tribunal de Justicia Europeo¹⁴⁵ la cual estimó el acceso a un informe de un fondo dedicado al comercio de armamento que aprobó el mismísimo Comité Político del Consejo Europeo y que contenía los criterios de coordinación al respecto de los Estados implicados.

En la resolución se vino a interpretar la Decisión 93/731/CE¹⁴⁶, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo llegando a la conclusión de que “*el régimen*

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 1999, Asunto 14/98 disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbe296e40015c64b3fa34ad83fce476457.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbx10?text=&docid=44332&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=39663>

¹⁴⁶ Diario Oficial de la UE nº. 325, de 14/12/1996, p. 19.

de excepciones de la Decisión debía ser vista a la luz del principio del derecho de acceso a la información para lograr su efectivo ejercicio por parte de la ciudadanía”. Se crea así un criterio por el que cuando dentro de un mismo documento público, cierta información no se encuentre justificada por alguna de las excepciones tasadas, la misma ha de ser puesta de manifiesto en virtud del principio de proporcionalidad. En suma puede considerarse con esto que el Código de Conducta de 1993 y las Decisiones institucionales que la complementan reconocen el derecho de acceso a la información, más que como señala GUICHOT, un escueto procedimiento de acceso a los documentos como meros objetos físicos¹⁴⁷ con lo que los documentos no pueden considerarse como un todo indivisible a la hora de su entrega. Dice el autor en este sentido que *“Si tan sólo una parte de su contenido está cubierta por alguna de las excepciones, debe facilitarse el acceso al resto. Contrario a esta apreciación de los países con sistemas informativos más abiertos, el Consejo, con el significativo apoyo de España y Francia, defendió la posición contraria”*¹⁴⁸.

Durante el periodo al que se hacía mención entre la ratificación del art. 255 del TUE y la adopción del Reglamento en el 2001, mucha de la discusión se centró en el alcance y contenido de las limitaciones vigentes pues para nadie pasaba desapercibido que estas serían la clave y el motor del futuro sistema de acceso público a los documentos institucionales comunitarios. Tampoco resultaba ser un secreto que la interpretación que de las mismas se hiciera por parte de la jurisdicción comunitaria durante esta laguna temporal jurídica tenía alta probabilidad de trasladarse a la reglamentación así que era el momento perfecto para intentar corregir el sistema de sus males originales.

Es de justicia apuntar que todavía en ese periodo al que se alude, las Instituciones Comunitarias deniegan documentos a solicitantes alegando no ser la que originó primero el documento en su poder cuando en opinión del que escribe el acceso a

¹⁴⁷ GUICHOT, E., *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho europeo, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, p. 61-62.

¹⁴⁸ GUICHOT, E., *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho europeo, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, p.106.

un documento no puede simplemente denegarse señalando que pertenece a determinada categoría sin más. La respuesta al solicitante debe expresar de forma clara e inequívoca, los criterios y los fundamentos de la denegación a la petición pues de lo contrario éste no podría formular argumentos en defensa de sus derechos.

A tenor con lo anterior, se encontró al Consejo incurso en una infracción a la Decisión 93/731 pues no explicaba adecuadamente porque el acceso a los documentos solicitados ponía en peligro las relaciones internacionales de la Unión Europea.

Posteriormente otra resolución del Tribunal de Justicia Europeo¹⁴⁹ dejó ratificado otro elemento esencial para el estudio de la permisión institucional de las excepciones al acceso a la información pública con dos vertientes del proceso analítico que se debe utilizar al valorar cuando se usa como pretexto la protección de los intereses de terceros para denegar frívolamente un documento. Las excepciones de pretexto que la institución puede alegar a su discreción pueden ser las obligatorias que recogen el deber de proteger, tanto los intereses de terceros, como el interés del público en general amparado en términos facultativos y por otro lado puede ampararse en la protección de deliberaciones internas para mantener intactas las relaciones comunitarias con los Estados.

Estas excepciones pueden coincidir, aunque el escrutinio de cada una se hará por separado. El Tribunal llegó a la conclusión de que no se había cometido ningún error de apreciación al estimar que la divulgación del informe solicitado podía suponer un perjuicio para la protección del interés público estimando innecesario entrar a

¹⁴⁹ Caso Denkavit Nederland BV c. Comisión del STPI de 13 de septiembre de 2000, Asunto T-20/99 (Rec. 2000, p. II-3011) en el que el demandante solicitó a la Comisión acceso a un informe de inspección de 1997 sobre la lucha en los Países Bajos contra la fiebre porcina. El documento incluía los resultados de una investigación sobre comprobación de los gastos en el marco del control de la aplicación técnica y financiera de los fondos de emergencia adelantados. Con arreglo al plan aprobado, los Holanda obtuvo un primer anticipo de 31.3 millones de euros destinados a indemnizar a los propietarios de las explotaciones afectadas (cantidad pagadera previa la presentación de documentos justificativos). Se denegó el documento por suponer un perjuicio a la protección de los intereses públicos involucrados de nuevo.

considerar si la denegación del informe estaba justificada igualmente por la protección de los intereses de terceros en su modalidad dedicada al resguardo del secreto comercial.

A fin de cuentas, se tiene que el precepto en estudio no es ilimitado atendiendo al apartado segundo del art. 255 TUE junto con, como indica MESTRE *“las declaraciones específicas como la posibilidad que asiste a los Estados miembros de solicitar a la Comisión o al Consejo que no se comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo remitiéndose la concreta regulación a la normativa interna de cada Institución adquiriendo de esta forma el derecho de acceso definitivo la carta de naturaleza con un alcance general en el ordenamiento comunitario”*¹⁵⁰.

Una vez adelantadas las razones por las que se ha de considerar y se considera Derecho Fundamental el derecho de acceso a la información ha de hacerse un repaso en esta sección en la cual se dejará constancia individual del reconocimiento constitucional que los países europeos miembros o no de la UE dan al derecho de acceso a la información y que legislaciones poseen al respecto en sus ordenamientos jurídicos a colación de la comparación.

Señalaba en el resumen de un estudio¹⁵¹ RIDAO MARTÍN que la LTBG *“sigue la estela de la mayoría de legislaciones de nuestro entorno”*, pues bien, se encuentra en esta sección un cierto avance cronológico y práctico simultáneo en el desarrollo de normativas de acceso a la información como derecho fundamental. Un derecho fundamental autónomamente regulado a pesar de que existen países que por cuestiones múltiples se alejan de la tendencia¹⁵² común del continente.

¹⁵⁰ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 74.

¹⁵¹ RIDAO MARTÍN, J., “Consideraciones ante la futura efectividad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Diario La Ley*, núm. 8340, 2014.

¹⁵² “a pesar de los avances experimentados, la Unión tiene ante sí frentes abiertos a los que

A nivel supranacional ha de recordarse lo que el autor MESTRE (1998, 60 y ss.) defendía ya hace casi veinte años la existencia de la transparencia como un “*Principio General del Derecho Comunitario*” basándose en los derroteros de las Directivas aludiendo a la Declaración 17 relativa al derecho de acceso a la información, aneja al Acta Final del Tratado de la UE firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, que dice “*La Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las instituciones, así como la confianza del público en la Administración*”.¹⁵³

Desde la caída del Muro de Berlín y con el nacimiento de las democracias emergentes, en la década de los 90, más de 85 países en el mundo aprobaron normativas sobre el derecho de acceso a la información pública según COLOMBI.¹⁵⁴ El influyente entorno continental en el que jurídicamente se desenvuelve nuestro país está más que interconectado dadas las razones de influencia histórica y comunitaria. Esto, por consiguiente, supone también una influencia en asuntos de transparencia y derecho de acceso a la información pública por lo que es conveniente realizar un repaso para dejar constancia individual del reconocimiento constitucional que los principales Estados en Europa otorgan a los mismos.

La peculiaridad que define a la UE y que la distingue de cualquier organización internacional y modelo de Estado, así como la especial influencia que el Derecho Europeo tiene sobre los todos ordenamientos jurídicos de los Estados que integran la Unión y el valor normativo que la UE tiene a nivel internacional, justifica la necesidad de un capítulo enfocado en el estudio de la materia a nivel comunitario. La Gran

debe dar respuesta con una posición favorable a la transparencia y a la participación.” *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2015, p. 20.

¹⁵³ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998.

¹⁵⁴ COLOMBI, A., “Italia y la transparencia de los poderes públicos”, *Diálogos de la Comunicación: transparencia y derecho de acceso a la información*, Núm. 87. 1-47, Colombia, 2013, p. 3.

Recesión de 2008 que la UE y sus Estados miembros han experimentado con especial aflicción durante los últimos años ha ayudado a consolidar el general convencimiento de que es necesario perfeccionar los mecanismos de transparencia y de acceso a la información pública, aunque estas exigencias no son consecuencia solo y únicamente de la coyuntura socioeconómica reciente, sino que se retrotraen tiempo atrás.

Antes de definir los perfiles nacionales en acceso a la información ha de atenderse a ciertos factores que dependerán de su idiosincrasia social, historia o economía por lo que se deduce que la publicación de estas normas no surgen siempre de la necesidad ante la corrupción como en España en gran medida o afán informativo de sus sociedades como indican muchos medios, sino por el hecho de perfeccionar su Estado de Derecho como Alemania o Suiza, tenientes de estas normas con solera aunque cuentan con menos solicitudes de información que en Canadá¹⁵⁵, México¹⁵⁶, India o Irlanda por ejemplo.

Así pues en los países de Europa, donde hay mucha cultura de transparencia los mecanismos que utiliza la ley para garantizarla son menos fuertes como en Noruega, con su ley del año 1970 donde es el Defensor del Pueblo u Ombudsman el que recomienda a las administraciones públicas revelar ciertas informaciones, aunque esto de la cultura no debe ser pretexto para justificar la realidad de otros, España necesita algo más duro y disuasorio de la opacidad para garantizar el derecho, porque siempre ha habido una cierta cultura del secretismo.

Para el estudio, se clasificará la geografía política europea en tres zonas: norte, centro y sur. En cada una de estas divisiones, atendiendo a factores como la calidad

¹⁵⁵ “Canadá es uno de los países con mayor tradición democrática y de control a los poderes públicos. Por este motivo, la regulación en materia de acceso a la información es avanzada, moderna y garantista.” *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2015, p. 123.

¹⁵⁶ “En México, tanto el acceso a la información pública como la protección de datos personales se interpretan como derecho fundamental, conforme a lo garantizado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917”, *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2015, p. 128.

democrática, desarrollo normativo y experiencia en transparencia se estudiarán los que se consideran los Estados más representativos en estos factores que integran cada zona en el desarrollo de las reglas que nos ocupan.

Para comenzar con la zona del norte de Europa, hemos de apelar primero a sus ondas raíces democráticas con figuras consolidadas y homogéneas en los Estados que la engloban como sus modelos constitucionales, defensa del derecho de acceso, en sus posiciones dominantes en los indicadores de transparencia internacional¹⁵⁷ y como los tradicionales Ombudsman nórdicos a la defensa de los derechos de la ciudadanía.

Si se pretende señalar el más nórdico país donde antes amaitinan los derechos humanos y por su experiencia pionera en asuntos de transparencia ha de destacarse *ad principium* a Suecia por antonomasia dado que su Ley de Transparencia, que data del año 1766, es la más antigua del planeta. Es por ello que sus mecanismos para garantizar los principios y derechos que integran la transparencia no son muy agresivos ni tampoco de reciente actualidad. El desarrollo constitucional original sueco del que bebe el actual nace en el s. XVIII¹⁵⁸ y aparece en el art. 1, capítulo segundo de la misma rezando “*Para fomentar el libre intercambio de opinión y la ilustración del público, cada súbdito sueco tendrá libre acceso a los documentos oficiales*”. Resulta algo francamente admirable por adelantado desde nuestra perspectiva donde a estas alturas aún existía un fuerte arraigo al Antiguo Régimen en el que aún se desconocía parte de la aplicación práctica de los derechos humanos de primera generación.

El nivel de perfección de la transparencia sueca alcanza incluso a su convergencia con la protección de datos de carácter personal y su conjugación con el respeto al derecho de intimidad al proteger al funcionario público que suministra información institucional a un periodista o medio de comunicación. Además, al mismo tiempo, prohíbe a los órganos estatales identificar a ciudadanos o ciudadanas que

¹⁵⁷ Disponible en:

http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016.

¹⁵⁸ ÁLVAREZ VÉLEZ, M. y ALCÓN M., *Las constituciones de los quince estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 614.

ofrezcan información a los medios con lo que se ofrece una protección a la libre circulación de información pública y respeto de las fuentes que incluso a día de hoy.

Cuando, por consiguiente, Suecia promulga su ordenanza de libertad de prensa, indica POMED, Finlandia “*formaba aún parte integrante de aquel largo Reino como Gran Ducado por lo que el derecho sueco era de aplicación directa en su territorio*”¹⁵⁹. De ello se deduce que se mantuvo en práctica hasta que crea su propia ordenación que ha sido enormemente influenciada por el derecho sueco a nivel institucional. En Finlandia se puede encontrar el país más modélico en cualquier elemento estatal que se preste, incluida transparencia y acceso a información pública.

Este sofisticado aparato estatal que, por ejemplo obliga a que cualquier compra que realice la Administración tenga que estar ejecutada a precios de mercado incluyendo ofertas de tres proveedores distintos para elegir la más baja es, qué duda cabe, el modelo a seguir por España en muchos aspectos, pues cada uno de estos modos son pequeñas transparencias de Estado que lo han convertido en un Estado de la Transparencia, posiblemente el primero. Breve cliché que vaticina su modelo de transparencia es su organización administrativa ausente de alcaldes, donde el mando municipal recae en *city managers*, o sea, funcionarios con experiencia en la Administración no supeditado a los votantes. Además, la posibilidad de convertirse en un miembro de alto rango en la administración y los ministerios fineses no recae en una élite intelectual determinada como en Francia ni tampoco en personas que puedan atraer la inversión de diferentes empresas para sufragar sus campañas políticas como en Estados Unidos o en ciudadanos adscritos a organizaciones políticas que ascienden por los méritos internos dentro de su partido como ocurre en nuestro país.

En lo que a términos jurídicos se refiere a Finlandia, junto a su Ley 621 de Gobierno Abierto de 1999 y el Decreto 1030 sobre la apertura de las actividades gubernamentales y Buenas Prácticas en Gestión de la Información de 1999, destaca el

¹⁵⁹ POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989. p. 40.

art. 12 de su Constitución de 1999, donde reside el principio de publicidad “...Los documentos y otros registros en dominio de las autoridades son públicos... Todas las personas tienen derecho a acceder a la información de los documentos y registros públicos...”. Completísimo precepto en redacción que enlaza el acceso al derecho de libertad de expresión sutilmente en el que se retratan los extremos más imperiosos del principio de publicidad como es el de su última línea, el acceso, y para más inri en el capítulo de fundamentales, otro ejemplo que ha de motivar a España cuando proceda a dar este paso.

El mismo POMED SÁNCHEZ cree que Finlandia, en contraste con la regulación sueca, prima la posición jurídica del interesado¹⁶⁰. Es en esta línea donde deben encuadrarse sendos pronunciamientos del Ombudsman y de la Corte Suprema en el sentido de consagrar un derecho preferente de acceso de las partes a su expediente personal además de favorecer un trato privilegiado en el supuesto de que éstas pretendan obtener informaciones que se hallen en un documento secreto, siempre que las mismas sean imprescindibles para la correcta administración de justicia en el caso específico, debiendo advertirse a este respecto que, en la medida en que rige el principio de transparencia, todo documento público tendrá presunción de oficialidad *eo ipso* siendo por ello automáticamente accesible a los particulares que lo soliciten en unidad de acto y concreción.

Esta exposición no es válida en el supuesto de que límites como la defensa de intereses públicos aconseje mantener temporalmente la suspensión de la publicidad y el acceso a cierta información. Esta potestad, indica el mismo autor¹⁶¹ es la que permite avanzar *praeter* en pos de la transparencia, lo que no ha supuesto perder conciencia de la necesidad de mantener como reservado algún documento que afecte a la buena marcha de lo público.

¹⁶⁰ POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989. p. 42.

¹⁶¹ POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989. p. 42.

A continuación la Constitución danesa de 1849, no hace mención a la información pública o el acceso a otra cosa que no sea la de prensa, pues es un modelo de texto dedicado en un 90% a proclamar y detallar derechos y organización nacional de la monarquía e Iglesia Luterana, de lo quizás se pueda extraer la histórica influencia del dogma de sus practicantes ciudadanos en su honrado carácter nacional como antaño lo hiciesen nuestras cartas magnas del que reducto es el artículo de libertad religiosa de la Constitución Española por las “*relaciones de cooperación con la Iglesia Católica*”.

Las normas danesas que actualmente prevén el derecho de acceso son la Ley 572, de acceso a archivos públicos de 1985 en la que se establece un proceso de solicitud en el que en caso de que la autoridad tarde más de diez días en responder, deberán informar al solicitante la razón por la que ha demorado en facilitar respuesta y la Ley 347, sobre la modificación de la publicidad en la administración y en la ley de la administración de 1991, una prestación que se envidia en nuestro actual procedimiento de solicitud de información en el que el silencio es suficiente. La primera Ley de 1970 en cuestión de límites establecía como novedad los intereses económicos pero como diferencia a la LTBG, como recuerda POMED SÁNCHEZ, se amplía la publicidad respecto a actuaciones públicas de interés general como ordenación del territorio, urbanismo o medio ambiente.¹⁶²

Además en Dinamarca, como en Suecia, se exige al peticionario que concrete la consulta pues no es posible solicitar generalizadamente lo cual resultaría un exceso que se es de suponer en la LTBG pues no se especifica tanto como en estas puntillosas reglas nórdicas. Al respecto señala GUICHOT, sus consideraciones sobre los procedimientos de acceso y los documentos como meros objetos físicos con lo que los mismos han de ser precisos, no pueden considerarse como un todo indivisible a la hora de su entrega.¹⁶³

¹⁶² POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989. p. 45.

¹⁶³ GUICHOT, E., *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011., pp. 61-62.

Desplazándonos a Reino Unido, integrante insular del sector norte, encontramos la peculiaridad que supone la no existencia de derechos fundamentales como tales en el ordenamiento constitucional pues carece de una Constitución normativa rígida pero puede decirse que existe una “no escrita” por su propia idiosincrasia. Aunque Reino Unido no recoge las garantías clásicas a derechos fundamentales que sí plasman Constituciones posteriores a las Guerras Mundiales, como Francia o Austria, sí que existen en su ordenamiento derechos de rango constitucional creado jurisprudencialmente denominados “*common law Rights*” y esta es la razón de no hacer mención constitucional del derecho de acceso a la información pública.

A pesar de que su división geopolítica hace que cada territorio posea particularidades legislativas, especialmente la escocesa, Reino Unido firmó su Ley de Acceso en 2000 y el estatuto entró en vigor en 2005, ambos responsables de hacer al Estado británico uno de los más adelantados en la materia. Digitalmente ofrece también una sección especializada¹⁶⁴ en la sede virtual del gobierno donde pueden consultarse datos así como solicitudes y su estado de tramitación.

Su Ley de Transparencia, como la alemana o la eslovena, contempla una acumulación de competencias de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos en el mismo organismo independiente¹⁶⁵ y además un plazo máximo de 20 días (más breve que el mes estipulado por la LTBG española) para que la administración ofrezca la información solicitada al ciudadano. Posee también una comisión de información (equivalente a la AEPD y al CTBG) y un tribunal especializado.

Descendiendo cartográficamente, situándonos en los Estados centroeuropeos y rastreando el respeto constitucional al derecho de acceso asumiendo deberes de transparencia activa encontramos una regulación que desde su promulgación

¹⁶⁴ Disponible en: <https://www.gov.uk/>

¹⁶⁵ En este sentido el Defensor catalán mirando el bolsillo destaca una ventaja en esta unión y es “*el menor coste económico de concentrar las dos funciones en una única entidad*”. Informe extraordinario del Sindic de Greuges de Catalunya, *Derecho de acceso a la información pública*, Barcelona, 2012, p. 30.

constitucional reconoce y garantiza un derecho de acceso a la información explícito y desarrollado modélicamente. Esta es la del Reino de Holanda de 2008, la cual contiene lo procedente a derecho de acceso a la información de carácter público¹⁶⁶ como derecho-deber en su art. 110“...*las entidades del gobierno observarán el derecho de acceso a la información pública de acuerdo con las reglas prescritas por parlamento*”. Desarrollo del precepto es la Ley de 31 de octubre de 1991 de Acceso a la Información Pública de la Administración de los Países Bajos. Establece la norma por la que cualquier persona puede exigir, oralmente o por escrito, información relacionada con un asunto administrativo concreto, si está contenida en los documentos públicos en poder de las autoridades o las empresas que realizan el trabajo de una autoridad pública y estas han de contestar en menos de 14 días, de los plazos más breves hasta la fecha. Otro plazo es el de publicación de las recomendaciones y disposiciones de los comités consultivos, que será de cuatro semanas.

Austria¹⁶⁷ por su parte, desde su Constitución de 1929, dispuso en su art. 20.4 que “*Todo órgano que tenga a su cargo funciones de administración...vienen obligados a facilitar información sobre materias de su respectivo ámbito de actividad, salvo que se oponga a ello un deber legal de secreto oficial... Los órganos de representación profesional sólo están obligados a facilitar información a sus afiliados y únicamente en tanto en cuanto el suministro de esa información no menoscabe el debido cumplimiento de sus funciones legales...*”. Admirable el completo desarrollo que viene desde antes de las grandes guerras, implicando a Administración, a colegios profesionales y otros entes así como su reserva a dictar una extensión de este derecho del que nace la Ley Federal de Obligación de Proporcionar Información de 1987 como en el caso de España hubiese sido si la LTBG hubiese sido un desarrollo de un supuesto precepto alojado en el sector *ius fundamentale* de la Constitución.¹⁶⁸

¹⁶⁶ VILLANUEVA, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, Porrúa, México, 2006, p. 148

¹⁶⁷ ÁLVAREZ VÉLEZ, M. y ALCÓN M., *Las constituciones de los quince estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 85.

¹⁶⁸ VILLANUEVA, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, Porrúa, México, 2006, p. 95.

Si apuntamos seguidamente a Alemania como ficticia capital comunitaria, ha de decirse que posee una regulación ordenada con cuerpos legales propios cada Estado Federal derivados de la autonomía competencial en ciertas materias que le brinda la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Ley Fundamental para la República Federal) tal como ocurre en nuestro caso con el art. 148 y 149 CE. En la Constitución teutona de 1949, el derecho de acceso se aloja en el art. 5 rezando “*1. Todos tienen el derecho a expresar y difundir libremente...y a obtener información sin trabas en fuentes accesibles a todos...*”.¹⁶⁹

La Ley de regulación del acceso a la información de la República Federal de 2005, es la que se aplica en el ámbito de la información administrativa y del Poder Legislativo y Judicial pero no hace referencia a ninguna sanción por lo que no vale de ejemplo absoluto de Estado de Transparencia a efectos prácticos.¹⁷⁰ En 2007 el país germano dio otro paso adelante al publicar los ingresos adicionales de los diputados y reveló por internet la lista con las funciones que cumplen los diputados de manera paralela a su trabajo aunque no se abunde en los gastos de representación, algo que en nuestro país no es totalmente un hecho dado que aún existen cargos locales que no publican la Declaración de la Renta ni su Declaración de Bienes y Actividades aunque afortunadamente esta práctica se está implantando a fuerza de costumbre como es el caso del Ayuntamiento de Jaén en el que constan actualizados estos datos¹⁷¹.

A continuación encontramos el caso belga, donde una de las señas de identidad en transparencia es la *totum revolutum processus* o excesiva burocracia prescrita para todo y esto ocurre también con el acceso de los ciudadanos a información de organismos públicos a pesar de los esfuerzos ejecutivos en centralizar toda esa información en una gran base de datos. Superiormente el art. 32 de su Constitución de 1931, reconoce que “*Toda persona tiene derecho a consultar documentos*

¹⁶⁹ ÁLVAREZ VÉLEZ, M. y ALCÓN M., *Las constituciones de los quince estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 24.

¹⁷⁰ VILLANUEVA, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, Porrúa, México, 2006, p. 78.

¹⁷¹ Información curricular y de los bienes, renta y actividades de los concejales del Ayuntamiento de Jaén e disponible en: <http://www.aytojaen.es>

administrativos y a que se le suministre copia, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos...” y de ahí emana un numerosísimo desarrollo¹⁷² en el que destacan el Decreto de Gobierno Abierto de 1999, la Ley de Acceso a los Documentos Administrativos en Poder de Autoridades Federales de 1994 y la Ley 26 de junio de 2000 que habilita una respuesta a una solicitud en menos de 30 días (prorrogables a 45 motivadamente), además de otras disposiciones regionales¹⁷³ como la Ley de gobierno abierto en las provincias y municipios del 97.¹⁷⁴

El derecho de acceso en Bélgica se ejerce por petición por medio de correo, fax, un formulario o email con acreditación de cédula electrónica por lo que puede decirse que es por escrito básicamente y debe ser motivada únicamente cuando se demande información de carácter personal cuando se refiera a *“aquellos documentos administrativos que contienen una apreciación o un juicio de valor relativo a una persona física nombrada o fácilmente identificable o cuya divulgación pueda causar un perjuicio a esta persona”*. Lo que realmente sucede en Bélgica ya no es tanto un problema de transparencia, como de difícil acceso a la información. Desde la web de la Agencia Federal de Información (FEDICT)¹⁷⁵ explican que uno de los grandes proyectos en desarrollo es la iniciativa de información abierta para poder solucionar lo repartida que está la información, para centralizar en una única web toda la información.

¹⁷² ÁLVAREZ VÉLEZ, M. y ALCÓN M., *Las constituciones de los quince estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 155.

¹⁷³ Por citar algunas de las disposiciones regionales belgas, señalamos las siguientes:

- Ley de gobierno abierto en las provincias y municipios (Belgisch Staatsblad 19/12/1997).
- Decreto relativo al acceso abierto a los documentos administrativos (Belgisch Staatsblad 29/12/1995).
- Decreto del Consejo Regional valón, de 30 de marzo de 1995 sobre el gobierno abierto (Belgisch Staatsblad 28/06/1995, modificado por el decreto del 7 de marzo de 2001, el gobierno abierto en el intermunicipal Valona, BS, 20 de marzo de 2001).
- Decreto del Consejo flamenco de 23/10/1991, relativa al Acceso del Público a los Documentos Administrativos en los Departamentos del Gobierno de Flandes.

¹⁷⁴ VILLANUEVA, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, Porrúa, México, 2006, p. 95.

¹⁷⁵ Disponible en: <http://www.fedict.belgium.be/en>

El órgano belga de control del acceso a la información se denomina, coincidiendo con la denominación que otros países como Portugal o Francia le dan a éste, la Comisión de Acceso a Documentos Administrativos (CADA). Se constituye como una entidad garante e independiente cuenta con un mandato de cuatro años renovable, dividido en sección de publicidad de la Administración y la sección de reutilización de documentos administrativos.

En los Estados del sur de Europa, por comenzar en sentido descendente, empezamos la comparación con la vecina Francia¹⁷⁶, sin perjuicio de que posea múltiples disposiciones (como la Ley 1979-18 de 3 de enero sobre archivos, la Ley 53 del 17 de julio de 1978 y desarrollada en 2005 para mejorar las relaciones entre la administración y el público), no posee una Ley de Transparencia completa y de calidad como tal ni mención expresa al acceso a la información en su constitución de 1958. Según ABRAMOVICH y COURTIS, el sistema francés de acceso a la información pública se construye sobre el cimiento de dos elementos en su legislación. En primer lugar un régimen especial de publicidad a que se encuentran sometidos los documentos administrativos considerados de interés general (art. 9 de la ley del 17 de julio de 1978), y en segundo lugar el reconocimiento de un derecho subjetivo de todos los administrados de acceso a los documentos administrativos de carácter no nominativo (art. 1 de la ley de 1978).¹⁷⁷

Dicho lo cual han de matizarse aperturas positivas respecto al derecho de acceso en la Ley de 17 de julio de 1978 en donde se reconocía por vez primera el derecho de acceso a todo individuo sin requerir acreditación de interés o justificación a la hora de ejercer este derecho a la Administración. MESTRE indica que en Francia, la legitimación deriva directamente de la norma, con carácter general para todas las personas, sin mayores exigencias, especialmente para periodistas, investigadores y

¹⁷⁶ VILLANUEVA, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, Porrúa, México, 2006, p. 140- 141.

¹⁷⁷ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., "El acceso a la información como derecho". *Anuario de Derecho a la Información*, 2000, vol. 1, p. 149.

parlamentarios en base a doctrina francesa en este aspecto.¹⁷⁸ Por el contrario, la ley sobre transparencia, en 2013 anteproyectada, incluía normas que permitían consultar información sin embargo impedían publicarla y castigaría con penas de hasta un año de prisión por informar en medios de comunicación sobre bienes públicos o de políticos. Actualmente posee un proceso de solicitud que da a las autoridades 30 días para contestar al igual que en nuestro país.

Sin embargo para asuntos parcialmente desprendidos de aspectos económicos como los ambientales existe una apertura en su ley mayor, aperturista en la Carta de Medio Ambiente aneja a la misma en cuyo art. 7 se reza que *“Toda persona tiene el derecho...de acceder a los datos relativos al medio ambiente...”*.

El modelo constitucional francés, ejemplo de estrepitosos fracasos constitucionales hasta la vigente vigesimosegunda, reserva el cuerpo principal del texto fundamental a cuestiones organizativas dejando el peso de los derechos en una vinculación de referencia directa en su preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791 y su constitución de 1946 con lo que a efectos prácticos de *pragmata* es un *totum revolutum*, manifiestamente mejor estructurada la española. Salvando distancias estructurales, la Declaración de Derechos del siglo XVIII ya reconocía elogiosamente un génesis del derecho de acceso con mejor redacción y aspiraciones que muchas constituciones actuales en sus arts. 14: *“Todo ciudadano tiene derecho... a comprobar su adjudicación y a determinar su cuantía...”* y 15 *“La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración”*.

Institucionalmente Francia puso en marcha en 1978, con la Ley de 17 de julio un organismo independiente¹⁷⁹ y consultivo¹⁸⁰ en materia de acceso como es la Comisión

¹⁷⁸ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 195 y 196.

¹⁷⁹ Si la independencia se valora desde la composición del órgano, este puede no definirse así del todo atendiendo a la ordenanza de 6 de junio de 2005, sobre la composición de la CADA en la Ley de 17 de julio 1978 (art. 23) que queda presidida por un consejero de Estado, al servicio de un Gobierno determinado y también se compone de diez miembros [Un juez de la Corte Suprema y un juez del

de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA) la cual sienta precedente a muchos órganos similares en otros países y comparte su actividad con la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL). ABRAMOVICH Y COURTIS resumen sus funciones en tres: por un lado velar por el correcto cumplimiento de las disposiciones de ambas leyes, en segundo lugar la emisión de dictámenes y finalmente el ejercicio de una constante labor de vigilancia y control.¹⁸¹

Su existencia nace de la premisa dedicada a garantizar un acceso libre, situado en el art. 20 de la ley que la regula y que dice “*Garantizar el respeto de la libertad de acceso a los documentos administrativos y los registros públicos...*”. Señala MESTRE que en el art. 5 de la Ley de 17 de julio de 1978 se alude a que esta Comisión está encargada de velar por el respeto de la libertad de acceso a los documentos en ciertas condiciones, emitiendo un aviso cuando es requerida por una persona que encuentre dificultades para obtener la comunicación de un documento, aconsejándose por las autoridades competentes sobre toda cuestión relativa a la aplicación del propio título de la Ley, y proponiendo todas las modificaciones útiles de los textos legislativos o reglamentarios relativos a la comunicación de documentos administrativos.¹⁸²

Centrándonos en el proceso de acceso, si en España existe un proceso de solicitud garantizado primero administrativamente por el Consejo de la Transparencia y en última instancia por la jurisdicción contencioso-administrativa, en Francia el proceso de consecución de información se estructura en tres fases que, según MESTRE trata reducir el tiempo para resolver correctamente la cuestión.¹⁸³ Estas fases son admisión,

Tribunal de Cuentas; un diputado y un senador; un local elegido; un profesor de la educación superior; una persona cualificada; tres personas competentes en las distintas áreas (archivos y la competencia de precios; difusión pública de la información)] de los cuales tres están vinculados al Gobierno.

¹⁸⁰ Así se define en su sede virtual disponible en: <http://www.cada.fr/la-cada,3.html>

¹⁸¹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “El acceso a la información como derecho”. *Anuario de Derecho a la Información*, 2000, vol. 1, pp. 148 y ss.

¹⁸² MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998., p. 205.

¹⁸³ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998., p. 206.

instrucción (se requieren documentos cuyo conocimiento se pretende, con observaciones precisas) y decisión (donde la Comisión reunida secretamente expone las observaciones finales). Respecto a los plazos son iguales los que establece el art. 24.2 LTBG en España y el art. 7 de la ley francesa donde si en un mes no hay respuesta puede entenderse la denegación por silencio administrativo negativo. También son los mismos plazos que se establecen para acudir a la jurisdicción contenciosa, tres meses tras la ausencia de respuesta.

Finalmente, por ser linderero español aunque no centroeuropeo y a continuación de habernos referido a Reino Unido por su relación imperial con la corona británica, ha de referirse la comparación a Portugal. Su regulación constitucional del derecho de acceso figura en la carta fundamental lusitana¹⁸⁴ en los arts. 48.2 y 268. El primero describe que *“Todos los ciudadanos tienen el derecho de ser informados objetivamente sobre los actos del Estado y demás entidades públicas y de ser informados por el Gobierno y otras autoridades acerca de la gestión de los asuntos públicos”*. Por su parte su art. 268, reza que *“Los ciudadanos tendrán derecho a ser informados por la administración, siempre que lo requieran...tendrán también derecho de acceso a archivos y registros administrativos...”*. Derivado de lo anterior, el ordenamiento jurídico luso cuenta con la Ley de Acceso de 1993 que señala que cualquiera tiene el derecho de acceso a información en poder de las autoridades estatales. Las solicitudes deben ser por escrito, y los órganos gubernamentales deben responder a más tardar 10 días después de la recepción de una solicitud.

Hasta aquí existen muchos elementos positivos que pueden extrapolarse al caso español y otros que no, así es el derecho comparado. *In finem* hemos de referirnos a Italia brevemente como modelo de Estado fuerte del sur de Europa, aunque alejado en términos de transparencia respecto de la tónica estudiada en países nórdicos. Estado normalmente en las últimas posiciones de los rankings de transparencia y con escándalos de corrupción similares a los españoles, pero donde existe un recelo social a

¹⁸⁴ ÁLVAREZ VÉLEZ, M. y ALCÓN M., *Las constituciones de los quince estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 515 y 561.

la apertura de datos o donde “*conseguirlos es muy complicado porque en la sociedad italiana predomina la cultura del secreto*”.¹⁸⁵

Aunque la Constitución de la República Italiana de 1947 no hace mención ninguna a las palabras “transparencia” ni “acceso a la información” podría buscarse su ubicación en su art. 10 en que se suscribe a las normas internacionales. El poco protagonismo en su Carta no quita que posea una ley de acceso de hace casi 30 años, la Ley núm. 241 de 7 de agosto de 1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi y la Iniziativa per l’adozione di un Freedom of Information Act in Italia). En Italia, el procedimiento de solicitud de información al Estado es muy restrictivo y solo quién demuestre un interés específico, no limitado y directo puede pedir y obtener un acto administrativo en virtud del art. 24 de su Ley de Acceso de 1990. En 2005 se perfecciona y actualiza esta legislación y se define el acceso como “*aquel derecho de los afectados de observar y extraer copia de los documentos administrativos*”.

La última publicación en el rubro fue la puesta en marcha de la reforma “Brunetta”, cuyo objetivo es la reforma de la Administración Pública llevada a cabo con el Decreto Legislativo n. 150 del 27 de octubre de 2009 donde se introdujo el principio de “accesibilidad absoluto” y la Ley n. 15 del 4 de marzo de 2009 por la que se delega al Gobierno la optimización de la productividad del trabajo público, la eficiencia y la transparencia de las Administraciones Públicas.

A pesar de la capacidad del ciudadano de justificar los motivos de una solicitud de acceso a informaciones públicas, resulta muy difícil conseguir respuestas exhaustivas. En Italia tampoco existe un Defensor del Pueblo nacional¹⁸⁶ o una

¹⁸⁵ FORCINITI, M., *Tesi di Laurea Trasparenza e diritto di accesso: le limitazioni e le inefficienze dell’amministrazione italiana*. Università degli studi di Padova. Padova, 2010., p. 32.

¹⁸⁶ Como supletoria garantía del derecho de acceso se encuentran los Defensores del Pueblo como lo es el Europeo a nivel comunitario. A escala individual de los estudiados en el artículo, se encuentran en Alemania (Petitionsausschuss), Francia (Defenseur des droits), Portugal (Provedor de Justicia), Holanda, Reino Unido, Dinamarca, Suecia y países del norte de Europa (Nationales

comisión de peticiones nacional, sin embargo existe una red extensa de defensores regionales.

Como reflexiones concluyentes al respecto, comentar señalando que, parece, suele coincidir el nivel de desarrollo democrático, de probidad, libertad y económico de un Estado con su legislación en transparencia y acceso pero en una panorámica general sobre la transparencia podría afirmarse que ha sido el continente europeo un núcleo de partida del desarrollo legal en occidente por su vasta y variada generación de aportaciones relevantes a este campo de las ciencias jurídicas y políticas. La transparencia así como todos los elementos que la engloban son materia valorada, que posee importancia, que preocupa y en la que se implican muchos de los parlamentos europeos a la hora de legislar.

De lo general a lo particular destaca la homogeneidad del desarrollo y consideraciones legislativas de cada zona, destacando la experiencia y meticulosidad de la técnica legislativa de los ordenamientos jurídicos y constituciones del norte de Europa sobre los de los de la zona centroeuropea y esta a su vez sobre los sureños. Esto conlleva a reconocer la riqueza del contexto en el que España se encuentra en donde existen referentes de primer orden como Suecia o Dinamarca que poseen un rodaje y una concienciación muy avanzada al resto, especialmente en su conjugación de la intimidad y la protección de datos con el derecho de acceso.

A pesar de que España siempre ha tenido mecanismos de publicidad y derecho de acceso dispersos en otras leyes, no fue hasta la publicación de la LTBG cuando se parte en transparencia. Al ser este momento plena Gran Recesión de 2008 las partidas presupuestarias para su desarrollo, implantación de órganos y portales han sido menores y se ha frenado el ritmo que en otro momento pudieran haber tenido estados que desarrollaron esto mucho antes y que les ha propiciado un plus de recuperación por

Ombudsman Bezuidenhoutseweg), Austria (Volksanwatchft Spingerstrabe), Finlandia (Eduskunnan oikeusasiamies), Suecia (Riksdagens ombudsman) y Bélgica (Le Mediateur federal).

erradicar de la crisis la lacra de la corrupción, que no es cosa menor, que la ausencia de transparencia supone.

Sin embargo, como señala SANDOVAL, “no basta con ostentar una sólida reglamentación del derecho de acceso a la información”¹⁸⁷. Para enfrentar las lógicas del “minimalismo organizacional” y de la “transparencia opaca” habría que complementar nuestras leyes de acceso a la información con elementos innovadores como los británicos para estimular la participación ciudadana en la utilización de la transparencia para no contentarnos con una ley avanzada con impactos limitados en la administración pública.

La última tendencia¹⁸⁸ legislativa se consolida en Francia, Bélgica o Alemania, entre otros, en torno al desarrollo de normas de transparencia de Estado y acceso a la información pública instaurando medidas como la de crear organismos, comisiones o consejos con competencias en la materia y sede digital en el que recibir consultas que moderniza su Estado de transparencia.

Los perfiles nacionales en acceso a la información pública y transparencia están supeditados a factores sociales, históricos o económicos que han condicionado su idiosincrasia por lo que se deduce que la publicación de estas normas no surgen siempre de la necesidad ante la corrupción, como es el caso de España, sino de la exigencia social, modelo constitucional o afán informativo social. Una conclusión que cada vez se repite más en las investigaciones, incluida esta, es el crecimiento de la concepción del derecho de acceso como derecho fundamental emergente. Ello redundará en la firmeza y perfección de su Estado de Derecho como es el caso finés, danés o suizo, teniendo de estas normas con solera y que habría de aprehender y servir de inspiración a España

¹⁸⁷ SANDOVAL, I.E., *Transparencia y Control Ciudadano: Comparativo de Grandes Ciudades*, INFODF, México, 2008, p. 43.

¹⁸⁸ “a pesar de los avances experimentados, la Unión tiene ante sí frentes abiertos a los que debe dar respuesta con una posición favorable a la transparencia y a la participación.”, *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2015, p. 20.

para iusfundamentalizar constitucionalmente el derecho de acceso a la información pública para reforzar la transparencia.

En definitiva, sin perjuicio de las normas vinculantes que genera la Unión Europea para los Estados miembro, existen aún elementos positivos a considerar y asemejar de los Estados estudiados para perfeccionar el nuestro y así alcanzar sus niveles de transparencia.

II.3. Experiencia e influencia de los Estados latinoamericanos: Especial mención a los antecedentes cronológicos de la normativa en transparencia en España y Chile y la influencia de la corrupción en las mismas

No ya solo por razones de contigüidad, que también, sino por razones de vínculos históricos hemos de estudiar la comparativa jurídica en transparencia ofrecida por las regulaciones de los países iberoamericanos con la que según el precepto de 13 de la CE, que hace referencia a los tratados de doble nacionalidad, se pone acento en aquellos países latinoamericanos que hayan tenido vinculación con España o esta haya tenido especiales relaciones con ellos que los supediten.

Igualmente, compartimos las consecuencias del impacto que la Gran Recesión de 2008 aunque ha tenido en América del Sur una influencia menor que la sufrida en nuestro continente. Esto ha contribuido también a fortalecer el convencimiento público de la necesidad de mayor transparencia en el desarrollo de la Administración Pública. Sin embargo, esta exigencia generalizada no es consecuencia de una coyuntura sociopolítica reciente, ya que precisamente fue un país latinoamericano, Colombia, el que en 1888 se dotó de una Ley de Acceso a la Información, convirtiéndose así en el país que ha ocupado el segundo puesto tras Suecia en la cronología mundial de países que han ido aprobando leyes de transparencia y acceso a la información.¹⁸⁹

¹⁸⁹ ACKERMAN, J.M., y SANDOVAL, I.E. *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo, Cuadernos de Transparencia, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública citado en nota 33 del*

Una de las notas constitucionales características de los principales países en materia de transparencia que se van a estudiar, es la influencia que han recibido del lenguaje jurídico español, por lo que son muchas un desarrollo autónomo de derechos siguiendo el estilo constitucionalista español aquellas de pasado español de las que se excluye Brasil. No solo en el estilo de redacción y aplicación de técnica, lenguaje, redacción, comprensión y concepciones constitucionales sino también en teoría jurídica del delito, procedimientos de enjuiciamientos etc. Con la sanción de la Ley de Acceso de Brasil de noviembre de 2011, América Latina cuenta ya con 19 países teniendo una ley específica sobre el acceso a la información gracias en gran parte a, en particular en los países de habla hispana, organizaciones sociales y grupos de presión que abordan el tema del acceso a la información en las leyes de acceso en particular.

Brasil, república democrática, presidencialista y federal, cuenta en su Constitución de 1988 con el siguiente texto en su art. 14 respecto a transparencia *“Queda garantizados a todos el acceso a la información y salvaguardado el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional”*. Del desarrollo legal, por múltiples referencias a este artículo, es de entender que esa información es la pública y además poseedora de una categoría especial respecto al resto de derechos. No deja de ser curioso el capote que da a la prensa y los medios junto con la garantía de acceso, al determinar la protección de las fuentes de la información, que sin ser un límite supone otra garantía a la denuncia mediática, algo que pocos textos constitucionales contienen aunque parece razonable por ser una materia muy concreta. En su ordenamiento además cuenta este país con las siguientes regulaciones en transparencia:

- Ordenanza N° 431 de 24 de septiembre, 2013 exige que se adopten estos procedimientos, dependiente del Ministerio de Integración Nacional, de acuerdo a las solicitudes de información relativas a la Ley de Acceso a la Información.
- Ley N ° 12.527 de 18 de noviembre 2011, regula el acceso a la información prevista en el art. XXXIII del art. 5, fracción II, § 3 del art. 37 y § 2do arte. 216

(“Corresponden a la administración pública, en la forma de la ley, la gestión de la documentación gubernamental y las autorizaciones para el acceso a su consulta a cuantos de ella necesiten”) de la Constitución Federal; se modifica la Ley 8.112, de 11 de diciembre de 1990; se deroga la Ley no11.111 de 5 de mayo de 2005, y las disposiciones de la Ley 8.159, de 8 de enero, 1991; y otras medidas.

- Ley N ° 8159 del 8 de enero de 1991, que establece el derecho de acceso a los documentos públicos.

Aunque extenso, es caótica la regulación a pesar de la claridad de la norma constitucional que contrasta con el carácter escueto y meridiano de las regulaciones noreuropeas claro que el aparato brasileño es mucho más complejo por su extensa división administrativa.

Por el contrario encontramos en Chile un modelo avanzado y sencillo de teoría en transparencia, especialmente en acceso electrónico a los documentos públicos. Inicialmente, la Constitución política chilena no contenía ninguna norma concreta que se refiriese al derecho de acceso a la información al contrario que en España en que siempre ha existido pero entendido del 105 CE en vez de considerarse un derecho fundamental como si ha reconocido Chile¹⁹⁰ al igual que su vecina Argentina¹⁹¹. La reforma constitucional vino a subsanar la carencia, a nivel de normas positivas, al disponer un nuevo art. 8 que consagra el principio de transparencia y probidad de la función pública Su punto segundo señala que “*son públicos los actos y resoluciones de*

¹⁹⁰ Indirectamente así se ha reconocido en la famosa resolución de la Corte Interamericana de DDHH Asunto Claude Reyes y otros contra Chile, “*donde la negación del derecho de acceso a la información pública se consideró como una violación del Estado a los Derechos Humanos fundamentales.*”, *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2015, p. 126.

¹⁹¹ “*En Argentina, el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental con jerarquía constitucional, habiéndose incorporado por la influencia de diversos Tratados Internacionales, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos*”, *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, 2015, p. 125.

los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, estableciendo una reserva de ley de quorum calificado para el establecimiento de cualquier límite de secreto o de reserva, debiendo ser justificado bajo una de los cuatro límites taxativos que ahí se señalan.

La Ley núm. 20.285 de Acceso a la Información Pública de Chile junto con la Ley nº 20.414 de reforma constitucional en materia de transferencia, modernización del Estado y calidad de la política, se promulgó en 2008 y entró en vigor en 2009 totalmente influida por la Ley de Transparencia sueca, dada la gran masa chilena que emigró a este país desde el gobierno de Augusto Pinochet.

Su ley regula un Consejo de Transparencia que vela por este derecho y como órgano de apelación señala las decisiones del Consejo que son vinculantes, pero no definitivas. Esto significa que, o bien el solicitante o la agencia pública pueden solicitar la revisión judicial de las decisiones Consejo de Transparencia, y respecto al procedimiento de solicitud exige a todos los organismos estatales entregar en un plazo máximo de 20 días la información que cualquier ciudadano desee solicitar. Adicionalmente a estas medidas señeras de las que hace gala su Ley, de forma obligatoria los departamentos públicos entregan, a través de sus sitios web, información actualizada respecto a materias como su estructura, su personal, las remuneraciones que reciben sus empleados, los contratos firmados con otras instituciones, las transferencias de fondos efectuadas y los resultados de las auditorías practicadas en su interior.

Chile es un caso de éxito de la aplicación de la Ley por haber hecho que 276 agencias públicas se preparasen para la nueva regulación y aunque la teoría es extraordinaria en el papel, en la práctica de la calle existe una cierta ignorancia de la ley por los la Administración y una reticencia a la hora de facilitar información fruto de la falta de cultura de transparencia en la idiosincrasia, de hecho, un estudio realizado por las organizaciones Fundación ProAcceso y Participa en Chile mostró que sólo el 47% de las 169 agencias públicas chilenas que los ciudadanos puedan solicitar información a través de Internet. Además, el 71% de las solicitudes examinadas se encontró algún tipo de barrera, tales como requerir datos adicionales a los solicitantes. A pesar de la potencia que ejerce la Ley de Transparencia chilena no podría calificarse a esta país un

Estado de la Transparencia pues es una legislación centrada en el Buen Gobierno y transparencia en el Poder Ejecutivo, olvidando los demás Poderes así como las instituciones del Estado que también son sujetos de transparencia.

Continuando con la comparación latinoamericana, analizamos Ecuador por la vinculación demográfica que nos une, siendo esta comunidad emigrante la más numerosa en la península. La Constitución de Ecuador de 2008 es una de las más extensas del mundo y la más larga de las cartas magnas que se han adoptado en el territorio ecuatoriano. Posee 444 artículos, divididos en 9 títulos, 40 capítulos, 93 secciones, 30 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, un régimen de transición y una disposición final. Desvela su art. 81 que *“El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información, a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales”*. Sin haber una vinculación a que esa información sea pública, es un principio de importancia a defender en pos de la transparencia.

Asimismo su texto supremo, garantiza límites como *“la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación”*. No existirán más límites en este derecho según su Ley respecto de informaciones que posean los archivos públicos, que los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la Ley. Se implica además a los medios de comunicación social haciéndolos participar en los procesos educativos, de promoción cultural y preservación de valores éticos.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2004 se ampara en este art. 81 lo cual le da el carácter de orgánica que para España se defiende y fija claramente que *“a) La información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas. El Estado y las instituciones privadas depositarias de archivos públicos, son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información; b) El*

acceso a la información pública, será por regla general gratuito a excepción de los costos de reproducción y estará regulado por las normas de esta Ley; c) El ejercicio de la función pública, está sometido al principio de apertura y publicidad de sus actuaciones. Este principio se extiende a aquellas entidades de derecho privado que ejerzan la potestad estatal y manejen recursos públicos; d) Las autoridades y jueces competentes deberán aplicar las normas de esta Ley Orgánica de la manera que más favorezca al efectivo ejercicio de los derechos aquí garantizados; y, e) Garantizar el manejo transparente de la información pública, de manera que se posibilite la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general y la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejerzan el poder público”. No deja de ser curioso que la Ley es más extensa que el reglamento de desarrollo, el Reglamento de la Ley de Acceso a la Información de 28 de mayo 2005, y publicado en el Registro Oficial N. 33, el 7 de junio de 2005 el cual tiene 3 artículos menos y se limita a definiciones, acotaciones y aspectos a los que la Ley hacía referencia a desarrollo reglamentario, al contrario de lo que suele suceder en la técnica de redacción del legislador español.

Ecuador dispone de un procedimiento administrativo para ejercer el derecho pasivo de acceso a la información junto con una instancia judicial contencioso administrativo y un duro sistema de sanciones cuando no se respeten sus premisas de transparencia activa. Se echa de menos sin embargo un órgano independiente que posea las competencias y funciones relativas a la defensa de esta Ley, que interactúe con los ciudadanos, realice ponderaciones y valoraciones y que estadísticamente estudie sus derroteros como es el caso futuro del CTBG.

Respecto al caso de Perú, uno de los países que tiene una de las leyes más antiguas de la región promulgada en 2001, la principal crítica sería la ausencia de un mecanismo o un órgano de recurso por vía administrativa, es decir, los ciudadanos tienen derecho a la información, pero si se le niega sólo es recurrir a los tribunales, lo que implica un coste económico y de tiempo. Dicho esto ha de reconocerse el carácter constitucionalmente inestable que posee, al ser su 11ª Constitución y haber pasado por más de 6 reformas en menos de 10 años.

La Constitución Política del Perú, por su parte, reconoce el derecho de acceso a la información en su art. 2.5 *“A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”*. La gratuidad por lo visto, no es un principio administrativo en este plano, dado que se hace alusión directa a la tasa que requiera, lo cual parapeta parcialmente este derecho y como crítica adicional, se vuelve a tirar de indeterminados límites en el que pueden escudarse razones que no se ajusten a lo que realmente supone *“seguridad nacional”* o *“intimidad personal”*.

Además, Perú cuenta con dos leyes al efecto:

- La Ley N° 27806 de Transparencia y Acceso a la Información.
- La Ley N° 27927 de 2003 y reglamentada por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM.

Finalmente y en relación a Uruguay, país constitucionalmente efervescente con 6 constituciones en poco más de un siglo, posee en su Constitución actual de 1967, cuatro veces modificada a día de hoy, vagas alusiones a la transparencia o derecho de acceso a la información que se podrían difícilmente y con calzador hacerlas ajustar a los preceptos 29 y 30 sobre libertad de prensa y derecho de petición pero no existe un reconocimiento claro y exclusivo.

La República de Uruguay cuenta con una ley de acceso desde el año 2008, la Ley n° 18.381 de Derecho de Acceso a la Información Pública, que comienza su articulación así *“Artículo 1º. Objeto de la ley- La presente ley tiene por objeto promover la transparencia de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública”* aunque en su carta magna no haga un desarrollo de esta premisa como tal.

Refiriéndonos a la alusión especial que indicaba el epígrafe y por la íntima relación existente entre España y Chile, y especialmente por el carácter pionero del país transalpino en transparencia, se encuentra en este país un referente hispano en la materia

que se trata. Ambos Estados comparten algo en términos históricos y de desarrollo normativo de aspecto supino, un gobierno militar de tipo dictatorial, una transición democrática y una idiosincrasia mediterránea, por lo que su inclusión en esta tesis es destacable y de utilidad ilustrativa en términos de antecedentes.

Con la promulgación de la LTBG en España se logra instalar en sus instituciones una legislación, reconocer un derecho en el papel e implantar una política legislativa imprescindible para el desarrollo de un sistema democrático, la transparencia y acceso a la información que, en primer lugar, tiene la oportunidad para que la calidad de la democracia española avance con la instalación de un cauce formal e institucional de participación ciudadana, que limita el poder, y en última instancia supone una reformulación de la cultura en los funcionarios de las administraciones en lo relativo a la concepción tradicional del secretismo en la provisión de información al público que lo solicitase, lo que llamamos la cultura de la transparencia. Una cultura que es una responsabilidad existente desde la Edad Media en los gobiernos nórdico-europeos pero que ha llegado a España en esta década.

Llevar a cabo el arraigo de la Ley de Transparencia ha supuesto un reto considerable para la Administración Pública en sus distintos organismos del gobierno central, ya que implica un desafío de actualidad en materia de modernización del Estado y, adicionalmente, se relaciona con la calidad de la democracia y por tanto del buen gobierno, porque solamente con un Estado capacitado y comprometido podrán las promesas universalistas de la democracia verse potencialmente garantizadas. Es así como el 10 de diciembre de 2013 se publica la LTBG en el BOE, entrando ésta en vigor, lo cual no ha sido un camino de rosas exactamente ni antes ni después dado el desafío de su implantación, pero esto se tratará más profunda y analíticamente más adelante.

Hemos comprobado jurídicamente la situación en que ha quedado el derecho de acceso a la información y su posición en nuestro sistema, el cual no le da el rango de Derecho Fundamental como sí lo hace con el derecho a la intimidad que le ha otorgado a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal el estatus de orgánica. En estos tres años ha cambiado la visión legislativa de la garantía del ciudadano como

usuario petionario de información, así como la transformación de las instituciones ante este reto que también lo analizaremos junto con las expectativas que ha cubierto frente a los objetivos que se proponía el legislador que al fin y al cabo es el mecanógrafo de la ciudadanía que los legitima. Las acciones emprendidas en el camino para mejorar esta política pública, como efecto colateral, ha contribuido a mejorar la calidad de la democracia del país al instalarse un control variable e indispensable en las democracias y un *accountability*¹⁹² efectivo, término que definiremos más adelante. Parece ser que la importancia de la regulación eficiente de esta política pública, el reconocimiento parcial de estos derechos y su desarrollo va más allá de un asunto de mera gestión, puesto que el derecho de acceso a la información pública está consagrado en nuestra Carta Magna, lo que lo convierte si es adecuadamente utilizado, en un mecanismo eficaz de limitación del poder y disminución de la corrupción además de la capacitación de la persona en su rol de ciudadano para consultar datos que le incumben.

El acceso libre e incondicional a la información pública como derecho del individuo es la columna vertebral de un Estado de derecho transparente y garantista con unas disposiciones legislativas, las cuales, como ciencias jurídicas, tienen toda la responsabilidad de su cumplimiento. Es así por lo que al hablar de transparencia no solo nos referimos de un término moderno popularizado políticamente en tiempos de corrupción como herramienta arrojadiza o como una puerta abierta al periodismo de investigación, estamos indirectamente poniendo toda la responsabilidad en el legislador que ordene la exposición de innumerables datos que sirvan tanto para disuadir a todo aquel que pretenda ocultar, como una obligación constitucional, administrativa, presupuestaria y tributaria para el sistema.

Aunque dedicaremos una sección al concepto de transparencia universal, adelantaremos que ésta puede ser definida como el derecho a recibir, de forma eficaz y

¹⁹² Definición de rendición de cuentas: La calidad o estado de ser responsable; en especial: una obligación o disposición a aceptar la responsabilidad o para dar cuenta de las acciones de uno. Disponible en: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/accountability>

oportuna, cualquier información que haya sido elaborada, recibida o procesada o financiada directamente de las arcas públicas y que se encuentre en poder del Estado.

Así pues, la información pública en poder del Estado es tan compleja y variada que puede contener antecedentes tales como actos administrativos, antecedentes utilizados en el proceso de toma de decisión de cualquier política, sobre la Casa Real, información sobre remuneraciones, retribuciones, cargos, demarcación y planta de organismos públicos, transferencia de fondos públicos, fiscalizaciones de empresas financiadas públicamente en un porcentaje, evaluaciones de políticas públicas, votaciones en el Congreso de los Diputados, Asambleas Autonómicas, Ayuntamientos resoluciones en los Tribunales de Justicia, etc. Por ello estamos hablando de algo de una envergadura sobredimensionada, tanto como lo es la Administración Pública española, con más de 21.400 instituciones centrales, autonómicas, locales, independientes y periféricas que paulatinamente se han visto transformadas para la aplicación que nos ocupa.

En la medida en que aumenta la disponibilidad de la información en poder del Estado se generan unas bases para una gestión totalmente transparente que respete y legisle la publicidad de la información y facilite el acceso de cualquier persona a ella, a través de los medios y procedimientos legales habilitados para ello. Chile, un modelo ejemplar en la materia, así lo define en su ordenamiento jurídico¹⁹³, país emergente macroeconómicamente por la seguridad jurídica que ofrece en lo que algo tendrá que ver su Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública, siendo la estructura legislativa de rendición de cuentas puntera en el continente sudamericano.

La transparencia se ha erigido como el elemento complementario que incrementa el valor público¹⁹⁴ tal como lo define KELLY y MUERS, un valor creado por el Estado por medio de servicios, leyes, regulaciones y otras acciones aportando una información oportuna, fidedigna, comprensible y pertinente que no sólo sea preferible

¹⁹³ Art. 8º de la Constitución chilena y art. 4º de la Ley 20.285.

¹⁹⁴ El valor público se refiere al valor creado por el Estado a través de servicios, leyes, regulaciones y otras acciones. KELLY, G. y MUERS, S., *Creando Valor Público. Un marco analítico para la reforma del servicio público*, Cabinet Office, Londres, 2002. p. 23.

desde el punto de vista normativo. No obstante, es el ciudadano quien finalmente lo define a través de los mecanismos de expresión en los sistemas democráticos. La legitimidad es el asunto, pues la legitimidad del Estado depende generalmente de lo bien que se crea ese valor público, por lo que las preferencias de la ciudadanía juegan un rol importante que deriva en la confianza. FUNG, GRAHAM Y WEIL¹⁹⁵ destacan que la estabilidad de las normas sobre transparencia está relacionada con que la información sea entendible, notable e inteligible de ya que si no se preparan un ambiente propicio las políticas Transparencias de Estado tenderán a menoscabarse. Ésta sólo funciona si se cumplen dos condiciones *sine qua non*: que las instituciones están dispuestas y son capaces de entregar información demandada; que quienes reciban la información tengan la capacidad de evaluar dicha institución de acuerdo a un criterio estándar de comportamiento.

En su dimensión política de buen gobierno, la transparencia promueve el rol de los habitantes de un espacio determinado como agentes de control del proceso, redistribuyendo el poder en su beneficio y en desmedro de la burocracia. Así pues, con el fomento de la participación ciudadana en la gestión del Estado, se aportará legitimidad a la actividad pública. Aquí, huelga decir que el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración Pública y el resto de instituciones, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley de cada democracia, en nuestro caso el CTBG y el PTBG entre otros de menor calado.

Si históricamente se ha de comenzar sugiriendo una pica en el mapa del tiempo, la Edad Media se ha sugerido como punto de partida por las sucintas y sugerentes pinceladas que han dejado en el tiempo artes como la literatura o la pintura en las que existe ya un concepto de buena gobernanza en los sistemas monárquicos y comienzan a resaltar valores y principios del pragmatismo en la gestión como muestra la alegoría que

¹⁹⁵ FUNG, GRAHAM, M. y WEIL, D., *Full disclosure. The perils and promise of transparency*. Kindle Edition, 2003. p. 45.

uso en la portada de esta obra¹⁹⁶. Desde entonces han ido desarrollándose e instalándose estas dinámicas hasta alcanzar la muestra de la gestión al propio gestionado.

La transparencia y la publicidad de la gestión ha sido siempre un paliativo a la corrupción disuasorio a delitos públicos desde siempre por lo que podemos situar el nacimiento y la naturaleza de las normativas de acceso a la información en los puntos más cruciales de corrupción, normalmente ya como remedio más que como prevención.

Haciendo un repaso por la evolución socio-política respecto a la corrupción desde el siglo XX hemos de comenzar el 5 de octubre de 1931, cuando Joaquín del Moral, Inspector de Presidios y Prisioneros durante el Régimen del General Franco, implicado en el golpe militar de 1932 e íntimo amigo de Sanjurjo dio un discurso en las conferencias del Ateneo titulada “Inmoralidad Política” en de Madrid¹⁹⁷ dando las sumas acumuladas por las minorías del Gobierno: en total, el PRR (Partido Republicano Radical de Alejandro Lerroux), el PSOE, PRS (Partido Republicano Radical Socialista de José Salmerón), AR (Acción Republicana de Manuel Azaña) y ERC (Esquerra Republicana de Catalunya de Jaume Aiguadé Miró) se repartían 24 millones de pesetas anualmente (40 millones de euros de 2016).

Los gastos en coches oficiales importaban 11.295.000 pesetas en el presupuesto aprobado el 28 de diciembre de 1932. Se habían comprado 31 coches marca Chrysler, con un coste total de 950.000 pesetas, de ellos 8 del modelo Imperial, con motor de ocho cilindros y, lujo inaudito, radio incorporada en aquella época, a 70.000 pesetas (120.000 €) cada uno. A preguntas de Gil-Robles reconocía el Ministro que, cuando los republicanos llegaron al poder, había 58 coches oficiales en Madrid, y ahora serían 741, con una plantilla de 760 conductores. El gasto de gasolina era de 3.000 litros diarios. En

¹⁹⁶ Pintura mural “*Alegoría del buen Gobierno*” de Ambrogio Lorenzetti, ejecutada en la Sala de la Paz del Palacio Comunal de Siena, alrededor del año 1340. Se enmarca en la pintura gótica italiana del Trecento. También podríamos calificarla como una pintura prerrenacentista. Se usa en el Portal de Transparencia y Buen Gobierno. <https://sancho70art.wordpress.com/2014/08/06/alegoria-del-buen-gobierno-de-ambrogio-lorenzetti-c-1340/>

¹⁹⁷ MORAL RUIZ, J., *Discurso de Joaquín Moral sobre inmoralidad política, en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 5 de octubre de 1931*, Galo Sáez, Madrid, 1931.

palabras de Julio Camba¹⁹⁸, periodista del diario ABC *"...una cosa es tener automóvil cuando se es, por ejemplo, ministro, y otra cosa es hacerse ministro para tener un automóvil. El automóvil de los ministros no puede ni debe ser nada más que un instrumento de trabajo y, si en rigor, es admisible el que, dentro de un régimen cualquiera, se haga ministro a un señor cuyo programa político se reduce a pasear a la familia dentro del coche oficial, la cosa en cambio, resulta inadmisibile de todo punto cuando para hacer ministro al señor en cuestión ha habido necesidad de transformar por completo los fundamentos del Estado (...) Está muy bien, en fin, que los servicios públicos se retribuyan con holgura; pero, si se hace una revolución para encargarse de los servicios públicos y luego resulta que al encargarse de estos servicios públicos no se perseguía otra finalidad más que la de retribuirlos con holgura, la cosa varía".*

En esta tesitura, el gobierno republicano, enfrentado al embargo de armas impuesto por el Comité de No Intervención, tuvo que recurrir a dudosos canales de compra en el que estallan los casos de corrupción más sonados de primeros de siglo, los de la Comisión de Compras de París y la CAMPSA Gentibus por los que Indalecio Prieto y Negrín habrían estado presuntamente implicados en estas tramas de estraperlo armamentístico. Según Largo Caballero *"El señor Negrín, sistemáticamente, se ha negado siempre a dar cuenta de su gestión, (...) de hecho, el Estado se ha convertido en monedero falso. ¿Será por esto y por otras cosas por lo que Negrín se niega a enterar a nadie de la situación económica (...) Desgraciado país, que se ve gobernado por quienes carecen de toda clase de escrúpulos. (...) con una política insensata y criminal han llevado al pueblo español al desastre más grande que conoce la Historia de España. Todo el odio y el deseo de imponer castigo ejemplar para los responsables de tan gran derrota serán poco".*¹⁹⁹

Tras la Guerra Civil, en una España que sufrió la carestía agrícola e industrial que obligó a acudir en ocasiones al mercado negro podemos destacar el caso "Estraperlo" o el caso "MATESA" y una vez fallecido Franco en el 75 e iniciado el proceso de transición a la democracia con los gobiernos de Adolfo Suárez González y

¹⁹⁸ CAMBA, J., *Haciendo la Republica*. Luca de Tena, Madrid, 2006.

¹⁹⁹ Fundación Pablo Iglesias, Archivo Francisco Largo Caballero, XXIII, p. 477.

Leopoldo Calvo-Sotelo Bustelo (1976-1982) destaca principalmente “La estafa Fidecaya” si bien donde más casos afloraron fue en el Gobierno de González Márquez (1982-1996) con los casos “Flick”²⁰⁰, “Filesa”²⁰¹, “Guerra”²⁰², “Expo'92”²⁰³ y los casos “Palomino”, los “GAL”, “Naseiro” y “PSV” por citar algunos más.

Durante el gobierno de José María Aznar (VI y VII Legislaturas) trascendió principalmente el sonado caso “Pallerols”²⁰⁴ en el que llegamos a nuestra mejor marca en el Índice de Percepción de la Corrupción llegando a ser el 20º mejor país en 2002²⁰⁵. Pero fue a partir de las legislaturas de Zapatero (2004- 2011) cuando estalla la conciencia social agresiva contra los casos de corrupción más cuantitativos en términos económicos como los “EREs falsos”, una presunta red de corrupción política vinculada a la Junta de Andalucía, donde se detectaron prejubilaciones irregulares en las que el fraude ascendería a 1.400 millones de euros²⁰⁶ y afectaría a 68 empresas, el “Caso

²⁰⁰ Financiación ilegal de partidos y evasión de impuestos en la RFA, por parte del multimillonario ultraderechista Friedrich Karl Flick. La Fundación Friedrich Ebert, próxima al SPD, destinó donaciones de Flick por valor de millón de marcos para financiar al PSOE.

²⁰¹ Financiación ilegal del PSOE a través de las empresas tapadera Filesa, Malesa y Time-Export, que entre 1988 y 1990 cobraron importantes cantidades de dinero en concepto de estudios de asesoramiento. STS Nº: 1/1997 de 28/10/97 Sr. D.: José Augusto de Vega Ruiz.

²⁰² Juicios a Juan Guerra, hermano del vicepresidente Alfonso Guerra, por cohecho, fraude fiscal, tráfico de influencias, prevaricación, malversación de fondos y usurpación de funciones.

²⁰³ Cohecho, prevaricación y un agujero de más de 210 millones de euros. Fue archivada por el juez Garzón tras siete años de instrucción. Hemeroteca ABC 26/06/2003. Disponible en: http://www.abc.es/hemeroteca/historico-26-06-2003/abc/Nacional/garzon-archiva-el-caso-expo-92-al-no-hallar-indicios-de-malversacion-de-fondos_190679.html

²⁰⁴ Presunta operación de financiación irregular de Unió Democràtica a través del desvío de las subvenciones recibidas por las empresas controladas por el empresario Fidel Pallerols y su esposa para realizar cursos de formación laboral. Sobreseído provisionalmente en diciembre de 2005, fue reabierto por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona en noviembre de 2006. Diario El Mundo 19/09/2000, Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/09/19/barcelona/1221835928.html>

²⁰⁵ Disponible en: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/ue_ipc-2015.pdf

²⁰⁶ El País 14 MAR 2011

Campeón²⁰⁷ y España cae en su nota de transparencia hasta el puesto 32º con una nota de 61 en 2009.²⁰⁸ Es peculiar el llamado “Caso Nóos”²⁰⁹ por ser el primer asunto que inmiscuía a un miembro de la Casa Real en fraude fiscal. Iñaki Urdangarín, duque consorte de Palma de Mallorca, acusado también de desviar fondos públicos para su propio beneficio mediante el Instituto Nóos.

En el gobierno de Mariano Rajoy Brey (2011-...) resalta el “Caso Bárcenas” en el que el 18 de enero de 2013, El Mundo²¹⁰ publicó que Bárcenas, tesorero del PP “distribuía cada mes sobres con cantidades entre 5.000 y 15.000 euros a secretarios ejecutivos, cargos públicos y otros miembros del aparato, con dinero B procedente de constructoras, empresas de seguridad y donaciones” y la “Operación Púnica”²¹¹ operativo policial en octubre de 2014 por el que la Guardia Civil detuvo a 51 políticos, ediles, funcionarios y empresarios por estar supuestamente implicados en una trama de corrupción. En el gobierno de Mariano Rajoy se publica la LTBG en la que se frena la posición de España en la tabla de países transparentes hasta alcanzar el puesto 40º.

Hasta 2013 con la LTBG la aplicación de transparencia para erradicar cada una de estas urdimbres corruptas durante el siglo XX ha tenido un denominador común, que se ha aplicado por los fiscales, jueces y Policía Judicial a fuerza de procedimientos judiciales dada la ausencia de preceptos que obligasen a rendir cuentas fidedignas de cada ápice de gestión de los dineros públicos.

Hasta 11 legislaturas han sido las que han pasado por las Cortes Generales de España desde la transición democrática hasta que ha llegado a existir una obligación de

²⁰⁷ Trama dedicada a captar subvenciones ilegales para determinadas empresas gallegas, que se saldó con la detención del director y un subdirector del IGAPE. Se investiga la implicación de dos diputados autonómicos socialistas La Vanguardia 26/03/2012.

²⁰⁸ Disponible en:

http://webantigua.transparencia.org.es/ipc___s/ipc_2009/tabla_sintetica.cpi_2009_table_spanish.pdf

²⁰⁹ Disponible en:

<http://web.archive.org/web/20120625203136/http://www.publico.es/especiales/caso-urdangarin>

²¹⁰ Disponible en: <http://www.webcitation.org/6DID2NQ61>

²¹¹ El País, 2/6/2016. Disponible en: http://elpais.com/tag/operacion_punica/a

rendir cuentas o de permitir reclamos legítimos de información fuera de los principios de publicidad y oralidad. No ha habido antes una Ley de Transparencia propiamente dicha ni ningún texto que expresase y legislativamente hiciese referencia en la transparencia como derecho y como obligación de instituciones y ciudadanos. Si bien es cierto, a partir de 1978, España tenía en su haber preceptos legales que de una forma más o menos acertada, directa o indirecta evocaba el derecho de acceso a la información pública²¹² o en la extinta y derogada Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre²¹³.

²¹² Art. 105:

“La ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

²¹³ Art. 35 LRJPAC:

“Derechos de los ciudadanos:

Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

b) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

c) A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento.

d) A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico.

e) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

La historia de los Estados post dictaduras hacen alusión a un lienzo social malparado por las dichos regímenes y que dejarían como testamento los sistemas democráticos una clara brecha entre gobernantes y gobernados. Por paralelismo, es inevitable apuntar que el saludable sufragio y participación ciudadana chilena en la cosa pública se ha dado exiguamente también ya que desde el retorno al modelo democrático de los años noventa y hasta la fecha, los cauces oficiales de democracia participativa han sido pocos y de escasa calidad.

Reflejando la evolución de Chile respecto al asunto, hemos de hacer una alusión a cómo se instaló el tema de la probidad y transparencia en los gobiernos después de gobiernos militar como el chileno o el civil franquista español. En Chile se comenzó a construir el andamiaje institucional que, de acuerdo con MUÑOZ, gozaba de una renovada confianza de la ciudadanía, la que no cuestionaba su integridad en el manejo de los recursos públicos, además de que no hubo mayores problemas de falta de probidad, salvo algunos episodios al final del gobierno, no estaba inserta en la agenda pública la necesidad de una política sobre transparencia²¹⁴.

En España la ciudadanía no tenía esta cultura de rendición de cuentas también en parte por ser otros temas los que atraían la atención de la opinión pública y en parte porque tampoco era una sintonía que sonase en un contexto europeo de Derecho Comparado asolado por la Segunda Guerra Mundial. Los principios de gobernanza transparente, según MUÑOZ, se abordaban desde una panorámica reformista del

f) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.

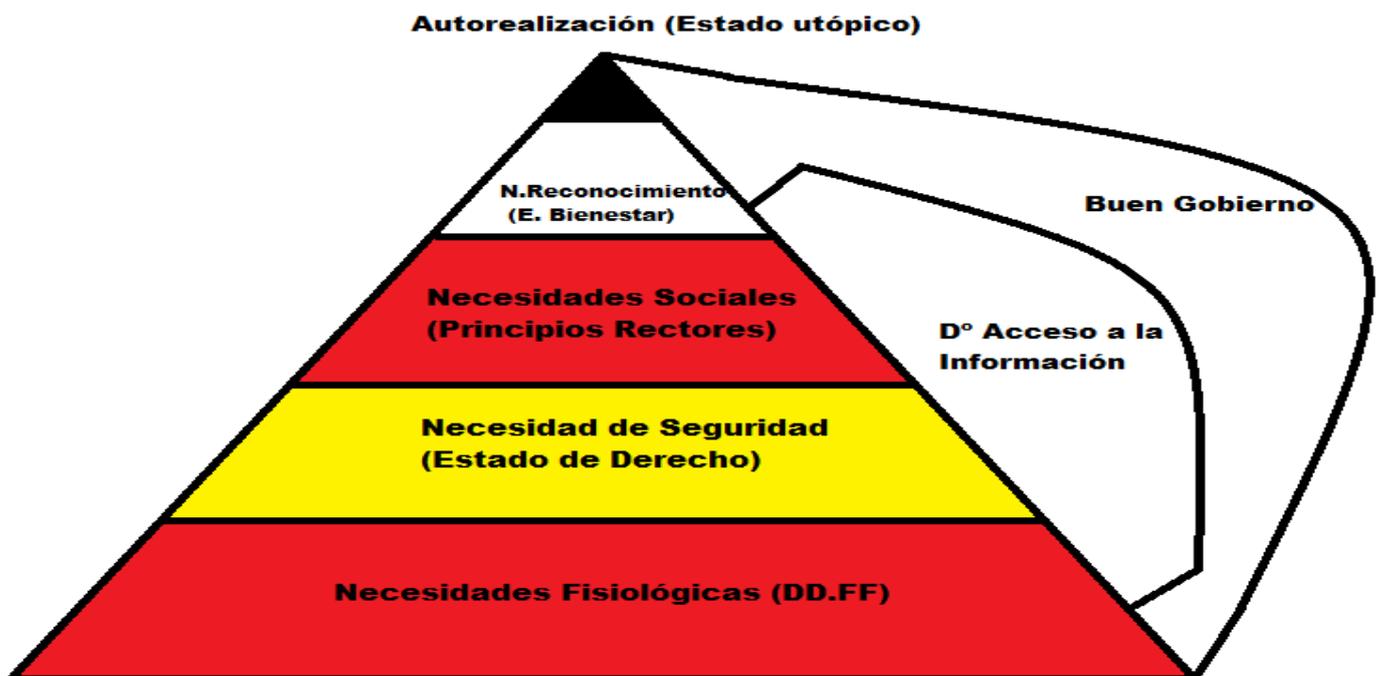
g) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

h) Al acceso a la información pública, archivos y registros.”

²¹⁴ MUÑOZ, A., Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2008. p. 24.

Estado, dirigida a una característica de la gestión más que a la reivindicabilidad de libertades fundamentales o de algunas reglas de ética democrática²¹⁵.

Asimismo, destacan ambos regímenes por tener un destacada impronta de prevención pues no había en aquel momento un entorno corrupto que especialmente alarmante las naciones tal como ocurre en este primer tercio de siglo XXI pues el foco de la polémica apuntaba a la protección de los derechos más inmediatos. Metafóricamente podríamos ubicar la transparencia en un lugar intermedio en la pirámide de Maslow, por encima de los Derechos Humanos que situaríamos en la base en una pirámide de garantías estatales a las distintas necesidades.



²¹⁵ MUÑOZ, A., *Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago, 2008. p. 43 y ss.

Igualmente en el caso chileno²¹⁶, desde 1999, se contaba con normativas legales que de forma sucinta avalaban el acceso a la información pública en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no. 18.575 (art. 11 bis). No fue hasta 2005 que este derecho se elevó a rango constitucional con la reforma de la Constitución Política²¹⁷. A pesar de esto, no existía un mecanismo institucional que permitiera y garantizara que los ciudadanos consultaran información pública para conocer, comprender y pedir cuentas de las decisiones de quienes administran el Estado, sus políticas y de las consecuencias de éstas.

Sin embargo, es necesario aludir que el necesario escrutinio y participación de la ciudadanía chilena en los asuntos públicos se ha dado escasamente en el país transandino²¹⁸. Desde el regreso al régimen democrático en 1990 y hasta la fecha, los canales institucionales de participación ciudadana han sido tan débiles que la Concertación de Partidos por la Democracia que ha gobernado desde la etapa de transición democrática hasta la actualidad, no han tenido la capacidad de instalar mecanismos de participación efectiva a nivel locales.

²¹⁶ Con anterioridad al año 99, un imperante silencio era todo lo que el legislador entregaba sobre este particular, mientras una norma reglamentaria de 1974 permitía a las autoridades calificar los documentos u oficios en secretos, reservados u ordinarios sin ninguna cortapisa. La ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa, vino a consagrar como regla general la publicidad de los actos administrativos y de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, restringiendo la reserva a una lista basada en 4 causales que podía ser desarrollada por vía reglamentaria y admitiendo una impugnación en sede judicial.

²¹⁷ El art. 8 de la Constitución Chilena reza que *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos de Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer las reservas o secretos de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*.

²¹⁸ La obra Muñoz, A., *Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. El caso de Chile. En Transparencia y Probidad Pública, Estudios de Caso en América Latina*. Eds. Zalaquett, J. y Muñoz, A. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2008, se le dedica gran parte a este contenido.

Durante la etapa de transición chilena, las negociaciones políticas entre las fuerzas pro dictadura que dejaban el poder y los grupos pro democracia que entraban a gobernar pudieron influir en que no se establecieran mecanismos participativos para la sociedad por temor al diálogo y los conflictos. Consecuentemente, el diseño institucional chileno en la fase de instalación sería creado bajo un modelo elitista que por lo tanto no estimulase la participación que definiera un espacio político restringido.

Haciendo una revisión de cómo se instaló el tema de la probidad y transparencia en los gobiernos después de las transiciones, ha de apuntarse a los años 90 chilenos, época del retorno a la democracia, existieron tres agendas de “probidad y transparencia” promovidas por la Concertación de Partidos por la Democracia²¹⁹.

Debido a que en el primer gobierno tras el plebiscito, el partido de Patricio Aylwin (1990-1994) se comenzó a construir el andamiaje institucional y que, por otro lado, de acuerdo con MUÑOZ²²⁰, gozaba de una renovada confianza de la ciudadanía, la que no cuestionaba su integridad en el manejo de los recursos públicos, además de que no hubo mayores problemas de falta de probidad, salvo algunos episodios al final del gobierno²²¹, no estaba inserta en la agenda pública la necesidad de una política sobre probidad y transparencia. Sin embargo, el tema comenzó a discutirse a pocos días de que Aylwin dejara el poder después de que se diera a conocer el caso de la Corporación Nacional del Cobre (CODELCO), que implicó la pérdida de alrededor de 200 millones

²¹⁹ A partir de 1986 la Junta Militar de Pinochet se vio forzada a iniciar un proceso de negociaciones con los partidos tras las incesantes protestas. A raíz de dicho proceso, la Junta Militar aceptó llamar a plebiscito en 1988 para ratificar o rechazar la permanencia de Pinochet en el poder hasta el 97. En estas circunstancias, en febrero de 1988 se fundó la llamada “*Concertación de Partidos por el No*” y el 5 de octubre del mismo año se realizó el plebiscito. En una población electoral de siete millones y medio votantes, el “No” ganó con un 55,99%, frente al 44,01% del “Sí”.

²²⁰ MUÑOZ, A., *Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago, 2008. p. 38.

²²¹ En 1993 apareció un primer caso que inquietó en forma más significativa a la opinión pública. Se trataba de un dudoso contrato por el desmalezamiento de un terreno de la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), en virtud del cual se pagaron cerca de 400 millones de pesos (alrededor de dos millones de dólares de la época).

de dólares por las acciones fraudulentas de un operador de mercados a futuro de la empresa cuprífera del Estado.

A raíz de lo anterior, durante el segundo gobierno de la Concertación, con el presidente Eduardo Frei (1994-2000), se buscaron mecanismos que garantizaran la transparencia y la probidad en el desempeño de las funciones públicas, se creó la primera Agenda de Probidad Pública, que consistió en la conformación de la Comisión Nacional de Ética Pública. Aquel gobierno asumió como eje principal de su legislatura la modernización del Estado, lo que incluía, entre otros objetivos, mayores dotaciones de transparencia en la gestión pública. Desde entonces, opina MUÑOZ que la agenda de probidad pública ha estado caracterizada por avanzar al ritmo de los grandes escándalos de corrupción y perder fuerza cada vez que éstos dejan de atraer la atención de la opinión pública y también por ser abordada desde una perspectiva de modernización del Estado, apuntando a una cualidad de la gestión más que a la exigibilidad de derechos fundamentales o de ciertas normas de ética democrática.

Como apunta este autor, el resultado del trabajo de aquella comisión propuso la adopción de 41 medidas para generar condiciones de transparencia e integridad en distintos ámbitos del funcionamiento del Estado. *“Esta Comisión tuvo entre sus virtudes el encarar el problema de la corrupción y la promoción de la transparencia como una política de Estado, haciendo partícipes a distintos sectores políticos con el fin de asegurarle un respaldo transversal. Asimismo, se destacó por tener un marcado sello preventivo ya que no existía en la época una situación de corrupción que preocupara particularmente al país. La iniciativa buscaba anticiparse a los problemas de falta de probidad que podrían producirse en el futuro si no se adoptaban las reformas adecuadas a tiempo”*. No todas las líneas de acción de la Comisión Nacional de Ética Pública se realizaron y muchas de éstas continúan estancadas en la Cámara de Diputados de la República. Sin embargo, se logró *“la incorporación de los principios de probidad y transparencia a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado”*. Este nuevo texto articulado consagra la publicidad de los actos administrativos emanados de la administración pública así como de los documentos y antecedentes que le sirven de sustento esencial. Por vez primera se habilitó una acción judicial especial para reclamar frente a la denegación injustificada al

acceso a información pública, además del portal ChileCompra, mecanismo de compras del Estado y antecedente inmediato de los portales de transparencia convencionales. Apareció también la tipificación de nuevos delitos en el Código Penal chileno²²² y se reformaron otros ya existente que necesitaban adecuarse como el delito de cohecho.

En la siguiente legislatura, también del presidente Frei, en 1999, se aprobó la Ley de Probidad, predecesora de la Ley de Acceso a la Información Pública chilena, equivalente a la LTBG española. La segunda Agenda de Probidad y Transparencia se formula en el gobierno del presidente Ricardo Lagos (2000-2006). Este período estuvo marcado por una serie de hechos de corrupción como el “Caso Coimas”, el “Caso Sobresueldos” o el “Caso Ministerio de Obras Públicas” en sus variadas aristas, que en opinión de MUÑOZ, conmocionaron a la opinión pública.

Si en el caso chileno la iniciativa buscaba anticiparse a los problemas de falta de probidad que pudieran producirse en el futuro por si no se adoptaban las reformas adecuadas a tiempo, en nuestro caso la LTBG ha sido una iniciativa postergada fruto del hartazgo popular paulatino frente a escandalosos delitos socio-económicos cada vez más frecuentes acentuados por la crisis económica europea del 2007. Crisis que oprimió a la población sensibilizándola éticamente y haciéndola más crítica e intolerante a la corrupción de delincuentes que ocupaban cargos públicos desde los que se proponía una austeridad que no se practicaba en casa propia.

A la hora de implantar las bases legislativas en Chile los principales temas abordados dentro de la “Segunda Agenda de Transparencia” chilena fueron 4²²³:

1º- Financiamiento de la política: la transparencia en el financiamiento de las campañas electorales y en los partidos políticos; regulación de publicidad y difusión de programas y servicios públicos; regulación del lobby.

²²² Delito de tráfico de influencias y el uso indebido de información privilegiada. Art 240 y ss. del Código Penal de Chile.

²²³ *Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Reforma del Estado en Chile 1990-2006.* Eds. Muñoz, M. y Chateau, J., Ed. Message, Santiago, 2006.

2º- Labor parlamentaria: perfeccionamiento del fuero parlamentario; adecuación de las inhabilidades parlamentarias y de las causales.

3º- Labor parlamentaria: perfeccionamiento del fuero parlamentario; adecuación de las inhabilidades parlamentarias y de las causales de cesación de cargos parlamentarios; transparencia en la administración de recursos para la labor parlamentaria.

4º- Institucionalidad y Probidad: modernización de la Contraloría General de la República; perfeccionamiento de la fiscalía municipal; fortalecer el derecho de los ciudadanos a la entrega de información por parte de la administración del Estado; fortalecimiento de la ética funcionaria; declaración de patrimonio; participación ciudadana.

En definitiva, se logró la aprobación de una serie de medidas tales como la ley de financiamiento de la política, el perfeccionamiento del servicio civil y de ChileCompra, junto con reiterar varias de las medidas propuestas por la comisión anterior y que habían quedado entrampadas en el trámite parlamentario. A pesar de esto, MUÑOZ señala que las iniciativas de ley surgidas de esta comisión y enviadas a la Cámara de Diputados dieron productos inútiles: *“Un ejemplo ilustrativo fue la ley de gasto electoral y financiamiento de la política, que fijó límites al gasto tan altos como los montos usados en la elección anterior, la más cara de la historia, y no estableció sanciones frente a su incumplimiento”*²²⁴.

Más adelante, el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria (2006-2010), primera mujer presidente del continente americano, tras el escándalo de corrupción de Chiledeportes²²⁵ instruyó la “Agenda Presidencial para Favorecer la Probidad y la Eficiencia en la Gestión Pública”, y se instaló la Secretaría Técnica de Probidad y Transparencia, que depende del ministerio Secretaría General de la Presidencia.

²²⁴ MUÑOZ, A., *Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago, 2008.

²²⁵ Caso en el que bajo la careta de patrocinio de deportistas realmente se dedicaba a ser un centro de desviación de recursos hacia campañas políticas.

Esta tercera agenda²²⁶ contemplaba acciones como:

1º- Aprobación de un Proyecto de Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

2º- El cumplimiento del Instructivo Presidencial N° 008, esto es, que los órganos del Estado publiquen en sus sitios web información sobre compras del Estado, contrataciones, personal de planta y contrata.

3º- La publicidad de la Declaración de Patrimonio y de Intereses (Reforma al art. 8º de la Constitución).

4º- La aprobación del Proyecto de Ley de Lobby.

5º- Indicación a Moción sobre Protección de la Denuncia Responsable; ampliación de las restricciones para el “revolving door” o “puertas giratorias” en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

6º- Perfeccionamiento de los sistemas de compras y contratación pública.

7º- Inhabilidades parlamentarias (Reforma Constitucional a los arts. 58 y 60).

8º- Reformas a la Ley de Gasto Electoral; prohibiciones al Intervencionismo Electoral del Estado; regulación de las Primarias.

9º- Alta Dirección Pública.

10º- Modernización de la Contraloría General de la República el Sistema de Auditoría General de Gobierno y la Agencia de Calidad de las Políticas Públicas.

De aquella declaración de intenciones quedó en aguas de borrajas el perfeccionamiento del sistema del financiamiento de las campañas políticas y gasto

²²⁶ Tomado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Disponible en: http://www.minsepres.gob.cl/portal/noticias/2007-02/id_1171466837292.

electoral, la regulación del lobby, el conflicto de interés, modernización del sistema de Alta Dirección Pública, modernización y perfeccionamiento al sistema de cuenta pública, y la modernización de la Contraloría General de la República.

No obstante, y de acuerdo con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, MUÑOZ indica que *“la búsqueda de la transparencia y probidad pública se entendió como parte de los esfuerzos para modernizar el Estado, combatir las prácticas de corrupción y responder a los requerimientos de la inserción comercial internacional del país. Este enfoque ha tenido una expresión normativa a nivel constitucional y legal en forma de principios que deben informar la administración del Estado, y no como una consecuencia del ejercicio de derechos humanos cuya protección es una condición necesaria para el funcionamiento democrático”*.²²⁷

Desde antes de que se aplicasen iniciativas políticas de transparencia y acceso a la información, Chile ha sido uno de los países mejor calificados en la comunidad internacional por sus ínfimos niveles de corrupción por lo que es considerado como el país con mayor nivel de transparencia de los gobiernos de América Latina. El Índice Mundial de Percepción de Corrupción (IdePC) de Transparencia Internacional²²⁸ de 2015, el cual evalúa 180 países en una escala de 0 a 100, señala que Chile mantiene levemente su puntaje durante 10 años con 70, ocupando el puesto 23 del mundo muy por encima de por ejemplo los países BRICS (Brasil, China, Rusia, Sudáfrica e India).

Indicadores y estudios como los del Banco Mundial, realizados KAUFMANN²²⁹, señalaban que Chile era uno de los países con mejor control de la

²²⁷ MUÑOZ, A., *Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago, 2008, p. 41.

²²⁸ El IdePC es un ranking que clasifica los países respecto al grado en que se percibe la corrupción que existe entre los funcionarios públicos y los políticos. Se trata de un índice compuesto, basado en encuestas llevadas a cabo en varias instituciones de amplia reputación y refleja la opinión de empresarios, académicos, consultores y analistas de todo el mundo.

²²⁹ KAUFMANN, D., KRAAY, A., MASTRUZZI, M., *Governance matters VII: Governance indicators for 1996-2007*. World bank, 2007, p. 62.

corrupción y con buena voz en rendición de cuentas, ambos considerados como indicadores para evaluar la gobernabilidad del país junto con variables como estado de derecho, estabilidad política, eficacia de gobierno y calidad del marco regulatorio.

“La política de las políticas públicas”, informa de 2006 señala que Chile tiene el más alto desempeño en la formulación de políticas públicas, pues características clave para medir cómo se hacen las políticas como estabilidad, adaptabilidad, implementación y aplicación efectiva, coordinación y coherencia, orientación al interés público y eficiencia, han sido calificadas como “altas” en este país.

Volviendo a los antecedentes de transparencia españoles tras esta comparativa paralela tan semejante, hemos de apuntar que las herramientas de prevención de la corrupción han sido más políticas que legislativas.

En definitiva, al igual que las recientes reformas del Estado en materia de “accountability” o rendición de cuentas, las normativas sobre Transparencia y Acceso a la Información surgen en contextos de crisis por acusaciones de corrupción y de alto impacto político y de opinión pública en el que el gobierno reacciona formulando un conjunto de leyes. Así en Chile los hechos que abrieron la ventana de oportunidad para dar un paso sobre transparencia fueron la condena al Estado chileno por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el llamado caso “Claude-Reyes” y el “MOP-GATE” y en España podemos decir que fueron las diferentes corruptelas destapadas por la mano de la crisis del 2007. Posiblemente ambos países tuvieron el mismo nivel de corrupción solo que en el primero la ciudadanía se afligió antes y tuvo que tirar antes de transparencia. Esto es así porque un Estado carece de leyes de transparencia por dos razones, o porque su sistema está tan corrompido que es impermeable a las peticiones de la ciudadanía o porque es tan higiénico que sería tan inútil una ley de transparencia como una medicina para un sujeto sano.

CAPÍTULO III: TRANSPARENCIA DE ESTADO EN ESPAÑA: CONCEPTO, ELEMENTOS QUE DAN CONTENIDO Y ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

En el presente apartado se desarrollará la presentación, delimitación del concepto de transparencia de Estado y la descripción de los elementos de la transparencia como cuestión de Estado, justificándolos con resoluciones varias y además su análisis, pero antes de ello es necesaria la relación de la transparencia con otros principios jurídicos, políticos y con otras normas de la realidad española para poder llegar curtidos al grueso del capítulo.

III.1. Transparencia y principios: conexiones

Para dimensionar la importancia moderna de la transparencia y su complemento al derecho de acceso como derecho fundamental ha de atenderse también a la relación que la transparencia mantiene con principios democráticos españoles como lo son el de publicidad y el democrático. Ha de ponerse en valor y de manifiesto el hecho de que el la posesión de información supone también tener el poder que desde atañe se ha utilizado por distintos regímenes de gobierno y que se ve transversalizado a estos y a la Administración gracias a la aprobación de medidas que favorecen la transparencia y que ha transformado el alcance del principio de publicidad²³⁰ de la información pública por la claridad en este sentido, y con ello se produce un desplazamiento de ese poder de control que tiene el sector público, y que ahora va a ser del ciudadano.

A efectos terminológicos ha de subrayarse antes de todo la diferencia entre lo que es publicidad (art. 9 CE) y lo que significa transparencia aunque en este punto se vinculen. Será publicidad el principio y la parte de la transparencia dedicada a la

²³⁰ “Desde el punto de vista de la Administración, la doctrina ha puesto de manifiesto cómo la publicidad contribuye a mejorar su eficacia, es garantía de la rectitud y objetividad de la acción administrativa, de modo que permite proteger a la Administración contra sí misma”, FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 318.

difusión y muestra y por su parte la transparencia será una cualidad, por lo que no puede existir transparencia sin principio de publicidad. En el derecho francés o italiano remarca FERNANDEZ RAMOS que la transparencia se utiliza como máxima de figuras tan diversas como el derecho de acceso a los documentos administrativos, la motivación de los actos administrativos, la identificación del responsable del procedimiento, la claridad en la distribución de subvenciones e incluso la propia participación en el procedimiento administrativo.

Sin embargo la configuración de la transparencia en España no ha sido tan acotada, ha sido más bien un camino de rosas si se enfoca la afirmación desde el prisma de los principios, especialmente el de publicidad, con el que tanto arraigo tiene en un momento en el que la única transparencia existente era por ser una confusión de términos. La propia CE trata a este principio como informador²³¹ del ordenamiento jurídico que no como valor superior, muestra de ello son las referencias y redacción que se le da al mismo en el art. 9.3 CE “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas...*”, y en el art. 120.1 CE “*Las actuaciones judiciales serán públicas*”.

El alcance de este principio ha sido originalmente hasta las normas y actos judiciales por lo que para que una norma tenga valor jurídico y garantice su validez, ha de ser publica en el boletín oficial correspondiente, para que todos los ciudadanos tengan acceso al ordenamiento jurídico de donde se presume su conocimiento de lo que deriva que el no conocimiento del ordenamiento no exime de su cumplimiento. La puntilla de la causa reside en que en un Estado de la Transparencia se ha de atacar a esta concepción de presunción no solamente atañendo las normas y actos judiciales como sucede en la actual CE, sino asaltando los tres poderes de Montesquieu transversalmente para dotar de publicidad lo exigible (publicidad activa) y lo exigido (publicidad pasiva) pues todo Estado de Derecho ha de albergar el principio básico de publicidad para

²³¹ La STC de 2 de febrero de 1981 manifiesta que: “*Los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico... que debe ser integrado de acuerdo con los mismos*”.

asegurar la seguridad jurídica como todo Estado de la Transparencia ha de garantizar una nueva generación para garantizar la calidad democrática. Esta nueva generación es la publicidad activa y pasiva en el sector público. Para comprender esta nueva dimensión del principio hemos de trasladarnos al contexto anterior, donde los precedentes inmediatos del mismo entre todos los enumerados en el capítulo de antecedentes legislativos de la transparencia son la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 y la Ley 9/1968, de 5 de abril de Secretos Oficiales y sus normativas de desarrollo.

Respecto a la primera rama, señalar la significativa alusión al principio, recogido en su art. 7 “...deberán facilitar información sobre sus actos a todas las publicaciones periódicas y agencias informativas en la forma que legal o reglamentariamente se determine [...] será reservada cuando por precepto o su propia naturaleza en actuaciones, disposiciones o acuerdos no sean públicos o cuando los documentos o actos en que se formalicen sean declarados reservados” y el art. 8 del Decreto 750/1966, de 31 de marzo, por el que se dictan normas para la aplicación de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley de Prensa e Imprenta sobre Información de interés general y derecho a obtener Información oficial, que ilustradamente reza que la dicha información se solicitará “por escrito de su Director o persona debidamente autorizada por el mismo”. De todo el ordenamiento, en este cuerpo, las normas citadas revelan la estrechura de actuación en acceso a la información por parte del ciudadano donde la discriminación en el ámbito subjetivo de aplicación solo dejaba escape y por tanto reconocía el derecho de acceso a “agencias informativas” y “Directores”. Se vuelve a usar una redacción totalmente útil para encarcelar derechos y desvirtuar libertades con el viejo truco de la indeterminación y libre interpretación de un concepto del que depende una máxima, en este caso con el concepto “reservado” del punto segundo del art. 7 expuesto, donde queda la calificación de cuál es la propia naturaleza del acto reservado” a libre disposición y fondo perdido del poseedor²³² de la información

²³² Se define así a la Administración preconstitucional en base a la obligación de guardar cautela mandada o tasada como deber del funcionario en el ya derogado art. 80 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado (“Los funcionarios han de observar en todo momento una conducta de máximo decoro, guardar sigilo riguroso respecto de

pública. Pues bien, esta cuestión, esta carta joker de ambigüedad y frugalidad interpretativa o comodín para secuestrar información se repite en la Ley de Secretos Oficiales, a pesar de comenzar²³³ con el sometimiento de la Administración a la publicidad, pero en vez de con el término “*reservado*” es con el de “*clasificado*” y “*secreto*” y con ello se convierte en dinámica hasta bien entrados los años 90.

Actualmente en España, la LTBG es el punto donde el timón termina de dar el cambio de rumbo total fruto de varias razones: la línea seguida por los primeros países de rancio abolengo democrático como Estados Unidos, impulsores de leyes que tenían claro que sin publicidad de información pública no puede existir un buen gobierno que cuente con la confianza de sus ciudadanos; el impulso de ONG’s, medios y doctrina que trabajaron por y para la transparencia de los asuntos públicos; la crisis financiera sufrida que ha incidido en que tal transparencia se haya convertido en un pilar intrínseco de la actual democracia²³⁴.

los asuntos que conozcan por razón de su cargo, y esforzarse en la mejora de sus aptitudes profesionales y de su capacidad de trabajo”) que tanto contrasta con el modelo actual en el que es la publicidad un deber y no el secreto, lo que denota el sustancial cambio de paradigma.

²³³ Comienza el articulado con un resumen que plasma los límites supremos de la publicidad en la forma estricta que estudiamos en de su art. 1 “*1. Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente «clasificada», cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley. 2. Tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley.*”

²³⁴ Ejemplo de ello es la moción que aprobó el Pleno del Congreso de los Diputados en junio de 2011 donde se pactaba por todos los partidos políticos en la apuesta por tomar medidas para “*profundizar en la democracia y la participación ciudadana e impulsar la credibilidad, la transparencia, la austeridad y el control de las instituciones del Estado y sus miembros*”. Pero no solo en el Parlamento, como Cámara representativa, si no que en palabras de PAU I VALL “*se puede observar que atendiendo a los Códigos de Conductas de los diferentes partidos políticos más representativos de España, trata que uno de sus principios generales que aquel que desempeñe un cargo o función lo hará atendiendo a los principios de transparencia, eficacia y austeridad*”. PAU I VALL, F., *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Tecnos, Madrid, 2015, p. 132.

En términos de transparencia y publicidad. ha de acudirse a tres conceptos importantes que actúan para ambas, por un lado el de la publicidad activa, pasiva y por otro el de los documentos protegidos. La publicidad activa en primer lugar, también conocida como proactiva, se refiere al deber de los órganos de la Administración General del Estado de mantener al corriente de documentos públicos de interés general periódicamente. Esta emisión suele darse por medio de a través de sus TIC. Entre los documentos destaca la proporción de su estructura orgánica, facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos, el marco normativo aplicable, el personal de planta a contrata y a honorarios con las correspondientes remuneraciones, las contrataciones para el suministro de bienes muebles, los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano, los mecanismos de participación ciudadana, en su caso e información presupuestaria asignada y ejecutada.

Según HERMAN, en su estudio de la publicidad activa tras la experiencia con la Ley de Acceso a la Información chilena, se dan algunos obstáculos con relación al ejercicio de pleno del derecho a la información de los ciudadanos cuando se genera contenido de escaso valor o interés para el ciudadano y cuando no se genera información respecto a muchas realidades de interés público como las declaraciones patrimoniales de funcionarios públicos, conflictos de interés, materia urbanista o ambiental.²³⁵

El objeto que da sentido a la publicidad activa y pasiva queda contenido en los arts. 6- 8 LTBG donde figura la información pública susceptible de ser solicitada en tres bloques clasificable: Información institucional, organizativa y de planificación; Información de relevancia jurídica; Información económica, presupuestaria y estadística. Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a cincuenta mil euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la LTBG podrán realizarse utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por

²³⁵ HERMAN, P. y CISTERNAS, J., *¿Tendremos libre acceso a la información pública?*, Fundación Pro Acceso, 2008.

la Administración Pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas.

Referirse a publicidad activa significa aludir a la obligación de tener al corriente toda la información que regule el funcionamiento y control de las cámaras y cualquier administración, así pues, esto supone una actividad de transparencia de la que cualquier ciudadano puede acceder. Para considerar una publicidad adecuada se exige que tal información sea comprensible y concreta, para evitar así que quien accede a tales datos lo pueda entender sin serle complejo. Para que esto se lleve al efecto, un medio cada vez más utilizado, por su rapidez y sencillez, son las páginas webs, que cumplen con lo que estipula la Constitución Española. Además se debe incorporar aquella información que tenga relevancia jurídica, ya que puede ser un aspecto importante para mejorar la calidad de nuestro sistema democrático, siempre que esté relacionado con la participación ciudadana en la elaboración de las normas, y para ello se aconseja el uso de directrices, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por particulares u otros órganos. Todo ello debe ser el resultado de una interpretación del Derecho, o al menos, que tenga efectos jurídicos.

La LTBG podemos decir que cumple con las exigencias mínimas que se han expuesto anteriormente, de hecho dedica por completo el capítulo segundo del título primero a esta materia titulado “Publicidad activa” con siete preceptos (arts. 5- 11 LTBG). Este apartado parece haber sido relacionado por el legislador con la transparencia íntimamente al definir la publicidad activa como una publicación de forma periódica y actualizada de información *“cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”* (art. 5.1 LTBG).

Del último punto del mismo precepto se impone que la forma de publicar sea *“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”* de donde se desprende la sensibilidad del legislador con todos los interesados cual fuere su condición al habilitar medidas propicias para que

cualquier persona, con independencia de su situación, pueda alcanzar dicha información.

Una de las competencias más importantes y que le dan razón a su ser, es el CTBG, el cual puede decirse que es el máximo órgano en términos de garantía y fiscalización de la publicidad activa institucional en España que junto con el PTBG y los distintos portales locales, autonómicos y corporativos, crea una madeja de publicidad contundente aunque siempre mejorable en términos de desarrollo. En este sentido el CTBG posee potestad sancionadora al ente que falte a los deberes de publicidad activa de la misma forma que regula la calidad de servicio del PTBG el cual siempre ha de actuar conforme a unos principios técnicos en la propia ley tasados en su art. 11 LTBG: Accesibilidad, interoperabilidad y reutilización.

En segundo término nos referiremos a la publicidad pasiva, una transparencia tradicional aparejada al derecho de solicitud, al derecho de voz y de petición pero especialmente con el derecho de acceso a la información pública, al menos así lo ha considerado el legislador en su redacción al ubicar su contenido en la sección en que este derecho se desarrolla.

Hemos de entender la transparencia pasiva o activa dependiendo del emisor del mensaje. Así pues entenderemos la transparencia pasiva como el derecho que tienen los ciudadanos de acceso a la información de los órganos de la Administración General del Estado. Sin embargo, para el gobierno, la transparencia pasiva se reduce al mecanismo por el cual los ciudadanos solicitan información pública y ciudadana. Es pública y susceptible de solicitud toda la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas. En la LTBG se establecen ciertas precisiones sobre el tipo de información que puede ser provista en la modalidad de transparencia activa. Los principales fundamentos considerados para justificar las restricciones que la ley establece.

La LTBG reconoce a todas las personas el derecho de acceder a la información, ya sean físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, públicas o privadas. Es destacable

que aunque se prescriba un acceso generalizado, en el procedimiento establecido electrónicamente no existe igualdad entre el cauce que han de seguir las personas físicas o jurídicas por la necesidad de identificar un DNI en el PTBG donde inicialmente quedaban excluidos aquellos que no lo posean, especialmente los que no estén en disposición de un lector de tarjetas de los que, como se indica en el estudio demoscópico del anexo I, en base al Instituto Nacional de Estadística, solo posee el 15% de la población española.

Para entender bien el concepto de publicidad pasiva o activa es necesario distinguir bien entre la transparencia y el derecho de acceso a la información. Y es que cuando hablamos de transparencia nos referimos a uno de los principios que tiene la Administración, mientras que el derecho de acceso a la información es una manifestación de esa transparencia, y que tiene una relación muy cercana con otros derechos recogidos en la Constitución como son el de libertad de expresión o información.

Si para ser conscientes del alcance de la publicidad pasiva en nuestro país relacionamos y comparamos la transparencia pasiva de la LTBG con otras normas que regulaban o regulan conjuntamente su contenido, ha de aludirse en concreto a la primera disposición adicional: *“regulaciones especiales del derecho de acceso a la información”*, donde se pueden encontrar algunas contradicciones que sería interesante comentar.

Atendiendo por ejemplo a la extinta LRJPAC, observamos que se fijaban los derechos de los ciudadanos en el art. 35 que reza que los ciudadanos tienen derecho a conocer el estado de la tramitación de cualquier procedimiento en los que puedan ostentar la condición de interesado, pudiendo también obtener copias de tales documentos, y todo ello en el momento que el ciudadano crea conveniente. Muy similar es lo que dice el primer apartado de esta primera disposición, cuya única vicisitud que se puede encontrar al respecto, es en atención al alcance de cada una de leyes, puesto que la LRJPAC mantenía una doble manera de entenderlo, es decir, el acceso a la información podía ser del interesado a un procedimiento aun no concluido y de cualquier ciudadano a cualquier procedimiento ya concluido.

Esta cuestión ya ha quedado solventada por la LTBG, puesto que no cree que sea condición sine qua non que el derecho a la información sea respecto a procedimientos o documentos que ya hayan finalizado todo su cauce, ante esta controversia de maneras de entender tales leyes, en todo caso, nunca podría ser de desigual la condición la del interesado que la de terceros, y que debía aplicarse parcialmente o en menor medida los valores protegidos por los límites que se estipulan en el art. 14 LTBG.

En el segundo apartado de la disposición adicional LTBG se establece que aquellas materias que tenga previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, se registrarán por su normativa específica, y que la LTBG tenga un carácter supletorio. La controversia de la cuestión radica en que la LTBG no dice cuáles son esas normativas específicas a las que se refiere, al contrario de lo que sí hacía la LRJPAC (art. 37) con normas que regulaban de manera más adaptada a la realidad sobre la que se proyectan las condiciones de acceso a la información.

Finalmente, en el campo del principio de publicidad, ha de aludirse a la existencia de materias reservadas o protegidas a cualquier tipo de publicidad como lo son todos aquellos documentos que posean datos de carácter personal así como los que prevé el art. 14 LTBG. En la lista que despliega este artículo se incluyen límites constitucionales ya adelantados por el art. 105. b) CE como las informaciones referentes a seguridad nacional, la defensa del Estado la seguridad pública o las relaciones exteriores. Además de limitarse el derecho de acceso a la información a estos, se encuentran otros documentos reservados como aquellos que dimanen de la fase de instrucción de un procedimiento judicial, o administrativo, las de inspección, política económica o monetaria estos al derecho o documentos fruto de relaciones bajo el manto de secreto profesional o de confesión confidencial. Se complementa esta limitación con el art. 15 LTBG, que trata la referida protección de datos personales de manera que cuando la información que se solicita pueda entrar en conflicto con los datos personales entran a dirimir los mecanismos de equilibrio que se establecen en la presente Ley, no obstante, mucho tuvo que ver la AEPD, que reguló la relación entre acceso y privacidad en la Comisión Constitucional donde se redactó. Así pues, encontramos que tiene prioridad de la transparencia a lo relacionado con la organización, el funcionamiento o actividad pública del órgano cuando sean *“meramente identificativos los datos”*.

Para sintetizar, lo que la LTBG establece como límites a tal derecho, encontramos un listado único de los límites que puede suponer en ocasiones un conflicto con el derecho de acceso, adhiriéndose al criterio que el Consejo de Europa en el Convenio sobre Acceso a los Documentos Públicos, y que exige que tales límites estén recogidos para la preservar que dan protección a la información confidencial de la información a la que se pretende dar publicidad, y también por evitar el perjuicio de los intereses generales.

Concluyendo esta cuestión y para dar justificación a tal limitación, la norma aplica previamente una comprobación de que realmente ha existido un perjuicio a la hora de acceder a una información de la que se tenía como “*confidencial*”. Por tanto, vemos que no se trata de una limitación total, sino que es necesario demostrar el eventual daño que el acceso y publicación de una determinada información pueda producir, puesto que se exige un daño y no un mero peligro. Una vez constatado el daño que podría ocasionarse, la resolución a la controversia se realiza por medio de un ejercicio de ponderación en el que se tiene en cuenta el interés público por un lado, y los derechos e intereses que recoge la lista del art. 14 LTBG, para decidir que va ser objeto de protección o como solución intermedia, admitir el acceso parcial (art. 16 LTBG). Aunque hay que advertir que el acceso parcial tiene un límite que será el tener que conservar el sentido de tal información sin que sea distorsionada, manipulada o carezca de sentido.

Pasando a la segunda parte del epígrafe y respecto a la vinculación de la transparencia con el principio democrático ha de partirse de una idea que lanza FERNANDEZ RAMOS, y es que mientras que en un Estado autocrático la regla es por naturaleza el secreto, la cual asegura la arbitrariedad e incontrolabilidad del poder, en un Estado Democrático, la regla debe ser la transparencia de la acción de los poderes públicos, y el secreto la excepción²³⁶. Esta idea refleja de forma diáfana la puesta en valor de la transparencia en un Estado democrático.

²³⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 311.

El origen de la relación entre la transparencia y la democracia se encuentra alojado en el art. 1.1 CE donde el principio democrático se configura como un cimiento estatal desde el que se construye el resto del ordenamiento, incluido el referente a transparencia. Qué duda cabe de que es uno de los dos pilares que sostiene el Estado de la Transparencia y viceversa pues empodera al ciudadano en su relación garante y controladora de la actuación del Gobierno y la Administración Pública en la que está integrado (art. 97.1 CE). El mismo FERNANDEZ RAMOS recalca este empoderamiento cuando se refiere a que el principio democrático no solo debe significar una legitimación de la Administración en su origen y fundamento, sino que también debe significar la exigencia de un control democrático en su ejercicio²³⁷.

De un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) se debe esperar que respete libertades y derechos, evidentemente, pero se ha de ir más allá favoreciendo y promoviendo información²³⁸. Una de las finalidades que cumple la transparencia es la de ser hilo conductor para profundizar en la dimensión democrática del Estado central y autonómico²³⁹, de manera que se perfecciona la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y complementar la dimensión democrática del Estado sobre la base de una ciudadanía mejor informada. BOBBIO decía que “*la convicción de que el Estado democrático pudiera dar vida a la transparencia del poder o «poder sin mascara» es una de las razones que revela su superioridad frente a los Estados autoritarios, defensores de la doctrina de los arcana imperii, que justificaba la necesidad de que las*

²³⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 318.

²³⁸ TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p. 87.

²³⁹ En el Estado Autonómico señalar que existe una cierta conflictividad entre la autonomía parlamentaria, base del principio democrático, y el acceso a la información interna de los parlamentos tal como señalan las SSTC 153/2016, de 22 de septiembre de 2016, 38/1999, de 22 de marzo, 107/2001, 27/2000, de 31 de enero o el ATC 118/1999, de 10 de mayo.

grandes decisiones políticas fuesen tomadas en gabinetes secretos, lejanos de las miradas discretas del público”²⁴⁰.

III.2. Transparencia de Estado

A modo de introducción, durante los últimos tiempos en España se ha ido empleando, acuñando y aceptando un el término “corrupción de Estado” para definir los delitos contra la administración pública, la corrupción política²⁴¹ y otras prácticas deshonestas o alejadas de la ética. Se define este tipo de corrupción como aquella que *“se refiere al mal uso del poder público para conseguir una ventaja ilegítima, generalmente de forma secreta y privada”*²⁴². Si existe una corrupción de Estado también ha de haber un término que lo contrarreste como lo es el propuesto de “Transparencia de Estado” (TE) que veremos si es poner etiqueta a nuevas conductas o es describir remedios y actitudes que ya existían.

En principio, el término opuesto a corrupción política es transparencia. Por esta razón se puede hablar del nivel de corrupción o de transparencia de un Estado. Para justificar la TE que incluye el conjunto de la obra y titula el presente epígrafe han de atenderse inicialmente a las premisas, manifestaciones e interpretaciones varias existentes dentro de las relaciones con el Estado Social en cada uno de los Poderes del Estado. Atendiendo al art. 9.2 CE *“Corresponde a los poderes públicos...remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”* comprendemos una

²⁴⁰ BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 23.

²⁴¹ VILLORIA MENDIETA, M.; JIMÉNEZ, F., “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*”, REIS, 2012, vol. 138, no 1, pp. 114-115.

²⁴² Le clientélisme en question, propuesto por el diario galo *Le Ravi*, junio de 2005. Disponible en: <http://www.leravi.org/spip.php?article248> . Esta definición casa bastante con la cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua *“4. f. En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”*.

competencia pura del Estado, la creación de mecanismos tendentes a objetivos colectivos, o sea, política en cada una de las materias que caracterizan la labor pública. En materia legislativa la política referida a transparencia ha tenido un crecimiento paulatino hasta nuestros días. Podemos adelantar que estas actuaciones públicas promotoras de transparencia institucional es la TE.

Esta labor de los poderes públicos de facilitar la participación pública removiendo todo aquel parapeto que lo dificulte no es más que una de las características que implica el “Buen Gobierno” que la LTBG abandera y que ha de estar presente en la tesis que se expone. En primer lugar porque sirve de justificación de todos los argumentos expuestos hasta ahora en cuanto a que la Administración Pública, a raíz del fenómeno de la globalización, se muestra en nuestros días como un protagonista más dentro de la red de información circulante en el sistema y por tanto es también un sujeto o fuente más de información. Y en segundo lugar porque este concepto junto con el de gobernanza sostienen una concepción del derecho de acceso en base a nuevos principios de funcionamiento de la Administración, fuera de los tradicionales de jerarquía y superioridad de la misma, en base a los cuales ésta se limitaba a mediar en las relaciones entre particulares y a no interferir en las mismas de manera injustificada.

La promoción de transparencia pública es una empresa activa y no una actitud pasiva consistente en la prestación de servicios mínimos por parte de los poderes públicos en una mera actividad de omisión en cuanto a no poner impedimentos innecesarios al acceso a documentos y archivos existentes en los registros públicos. Igual ocurre con el derecho del art. 20.1.d) CE respecto a que se exige la no intervención de los poderes en la recepción de la información sino es en los casos que se contemplan en la Constitución y las Leyes. Es por tanto la actuación el punto de inflexión entre el cumplimiento y la promoción. Es con esa actividad no obstaculizadora con la que se logra la plenitud de los derechos de esta misma naturaleza, la participación ciudadana en la Administración y la construcción del Estado de la Transparencia en el que la libertad y la igualdad sean plenas, en este caso en lo que respecta al ejercicio del derecho a obtener información.

Dicho lo cual, y a pesar de que el derecho a la libertad de expresión y uno de sus premisas como es el de recibir información veraz por cualquier medio valido en

derecho, forman parte del núcleo originario de la libertad implicando una exigencia de no actuación o no interferencia inicial por parte del Estado, en la práctica del Estado Social pueden contemplarse exigencias de actuación pública para remover los obstáculos que puedan llegar a afectar a la comunicación y a la libertad de información, controlada frecuentemente no solo por empresas de comunicación de carácter privado y afectada por un alto grado de desarrollo e innovación tecnológica, sino además por la propia del sector público.

Describir o definir un concepto es titular un fenómeno del que parte este, pues es paso previo el verbo que el sustantivo como lo es la acción a su denominación. Adelantadas durante la obra las líneas contextuales, de realidad social y de derecho comparado que dan sentido a la importancia de la transparencia y el emergente derecho de acceso, hemos de apelar a la faceta estatal en este fenómeno. El Estado, conducido por el Gobierno de la Nación promueve por medio de políticas sus fines y propuestas de cambio como consecuencia del contexto el rumbo que ha de seguirse en pos del interés general y siendo este interés la transparencia institucional para mejorar la probidad de esta. GUTIERREZ PARADA señala que la elaboración de proyectos y textos normativos, la acción normativa en un campo y proporcionar su justificación en conexión con la consecución de fines y logro de valores sociales es producto de una actividad nada sencilla.²⁴³

Las actuaciones y políticas que repercuten en el funcionamiento del sistema que inciden sobremanera en la transparencia no son otras que las legislativas. Es aquí donde se asumen los rumbos institucionalmente por el Congreso, pero que deriva de una o varias políticas legislativas de los partidos políticos, del Gobierno de la Nación o de otros agentes de presión o impulsores como fundaciones, asociaciones o plataformas nacionales o internacionales. Las políticas legislativas vistas como necesidades generales de actuación normativa o de no actuación normativa, son definidas como aquellas que señalan que hace falta o no hace falta legislar en determinada materia, o que la normatividad existente es insuficiente, está equivocada o es mejorable y, por

²⁴³ GUTIERREZ PARADA, O., *Qué es la política legislativa*, Congreso REDIPAL. Núm. VII, México, marzo 2014, p. 6.

ende, que hay que actuar normativamente. Podemos verificar este sentido en diversos discursos en los que se señala, por ejemplo, que es urgente, necesaria o indispensable una medida legislativa para regular la transparencia.²⁴⁴

Con estos elementos llegaríamos finalmente a definir la locución “Transparencia de Estado” como: Norma o resolución tendente a promover la transparencia instalando los principios que le son propios al funcionamiento de la Administración Públicas de un Estado así como en su labor de prestancia de servicios públicos entre el que se encuentra la obligación de facilitar y garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Siendo este el concepto base han de añadirse una serie de características. En primer lugar la TE puede referirse a una norma individual al respecto (como por ejemplo lo es la Ley 12/ 1989 de 9 de mayo de la Función Pública de acceso a los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos) pero también a aquel conjunto de medidas, actuaciones públicas y políticas legislativas centrales, autonómicas o locales encaminadas en cada poder del Estado a regular, promover, garantizar y consolidar la probidad, el acceso a la información y la publicidad como valores superiores de la Administración y el Gobierno para enriquecer la calidad democrática y la seguridad jurídica de los derechos.

Otra característica de la Transparencia de Estado es su contraposición con la arbitrariedad, la discrecionalidad innecesaria, la prevaricación y secretismo injustificado. Por ello la TE es el antónimo de corrupción de Estado por antonomasia, además de remedio al mismo. Además, la TE contribuyen a la promoción de principios como el de seguridad jurídica, libertad, legalidad o publicidad, destacando la defensa del derecho del derecho de acceso a la información pública como TE imprescindible en un Estado de Transparencia (concepto último este que se definirá en siguientes líneas).

²⁴⁴ GUTIERREZ PARADA, O., *Qué es la política legislativa*, Congreso REDIPAL. Núm. VII, México, marzo 2014, p. 8.

De este punto se despliegan los elementos que conforman la TE, que clasificaremos en dos partes, la directa y la indirecta. Tendremos como TE directa aquella que nace de la norma máxima en transparencia en un ordenamiento, en el caso de España la LTBG. Es en esta en donde residen las reglas que estructuran el Estado de la Transparencia del que más adelante se tratará y donde se encuentra la definición de las dinámicas y las líneas que un Estado persigue en esta materia a nivel general (Portales, organigrama institucional, estructura orgánica, establecimiento de procedimientos, etc.). Seguidamente podríamos diferenciar la existencia de una Transparencia de Estado indirecta conformada por otras normas amparadas por las disposiciones de la LTBG y las normas autonómicas correspondientes en cada ámbito legal. Ejemplo de estas serían las nuevas medidas incorporadas en el procedimiento administrativo común, la Ley del Sector Público, o la Ley de Bases de Régimen Local entre otras, pero también otras normas como las normas del Congreso de los Diputados y Senado para aplicación de la transparencia que se trataran al final del presente capítulo y similares.

III.2.1. Transparencia por Poderes

Una vez detallado el concepto de Transparencia de Estado se desarrollaran estas en cada uno de los poderes estatales de Montesquieu para finalizar en el sumun de un Estado de Derecho, el Estado de la Transparencia, presente en la sección que continuará a la presente.

Comenzando con el Poder Legislativo, puede decirse que aquí existen las primeras raíces constitucionales en transparencia entendida positivamente en ese momento como publicidad en la tramitación leyes en Boletín Oficial del Estado, su procedimiento y ahora acentuada con la publicidad del estado de dicha tramitación en el Portal de la Transparencia.

En un análisis de los arts. 72.1 y 80 CE y el Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982 y el del Senado de 1994 y las ilustraciones al respecto de SAINZ

MORENO y DÍEZ PICAZO,²⁴⁵ extraemos que la publicidad es la regla general en los parlamentos por ser la sede de la representación democrática y foro de debate de los asuntos de gobernanza pero se ha de destacar la doble interpretación de ella que hace la STC 136/1989, de 19 de julio al indicar que “*existe una publicidad de sesiones y otra publicidad de las deliberaciones y acuerdos adoptados*”.

Centrándonos en el aspecto de publicidad de la información susceptible de ser solicitada y alcanzada por el ciudadano, comenzando por el Reglamento del Congreso de los Diputados, encontramos varios preceptos significativos en lo que se refiere a la limitación a la solicitud de información, su art. 16 establece que todos los diputados están obligados a “*divulgar las actuaciones que, según lo dispuesto en aquel, puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas*”. Interesa aquí destacar algunos aspectos como que el propio Reglamento de los Diputados es el que dispone el carácter secreto de determinadas actuaciones y que estas serán excepcionales, reafirmando la norma general de publicidad de los asuntos tratados en la Cámara Baja.

A continuación en los art. 63 y 64 del mismo cuerpo, reguladores del régimen de sesiones de la Cámara nos indica en el primero que las sesiones del Pleno a las que reconoce el carácter público, atendiendo al art. 80 CE, excepto en los casos que respecte al “buen decoro” de la Cámara, sus miembros o de la suspensión de un Diputado, cuando se debatan propuestas, dictámenes, informes o conclusiones elaboradas en el seno de la Comisión del Estatuto de los Diputados que no afecten a las incompatibilidades parlamentarias y cuando lo acuerde el Pleno por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de la Mesa del Congreso, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Sobre esto, resulta llamativa la adjetivación del término “decoro” por ser indeterminado, ya que considerando su relación con la suspensión de los Diputados, puede hacer alusión a aquellas cuestiones disciplinarias o de régimen interno, que se vio excluían en la LRJPAC respecto a los

²⁴⁵ Véase SAINZ MORENO, F., *Secreto y Transparencia, Estudios para reforma de la reforma de la administración pública*, INAP. Madrid, 2004 Y DÍEZ PICAZO, L., *Sobre Secretos Oficiales*, Civitas, Madrid, 1998.

archivos de la Administración Pública sobre implicaciones que tienen respecto a la dignidad y honor de las personas, protegidos por los arts. 10 y 18 CE.

Parece ser que se excluyen pareceres sobre prerrogativas, deberes, adquisición, suspensión y pérdida de la condición de Diputado y todos aquellos aspectos que recoge su Estatuto, excepto el régimen de incompatibilidades, el cual no parece ser susceptible de exclusión y deberá ser objeto de publicidad. A continuación, se establece una cláusula abierta en la que parece que cualquier materia podrá ser objeto de secreto, siempre y cuando así lo acuerde el Pleno. Aunque se exige una mayoría contundente para su aprobación, no se explica que con esta cláusula se permita dejar al libre albedrío del propio organismo afectando por una posible solicitud que decida discrecionalmente el secreto de las cuestiones que dilucida.

Por otro lado, el art. 64 que se mencionaba anteriormente, se refiere al régimen de las sesiones aunque en este caso, de aquellas correspondientes a las Comisiones. Aquí parece regir la regla contraria a la publicidad porque de salida establece con carácter general que no serán “públicas”, aunque parece ser que en función del carácter de “especial consideración” que se explicó profesaba el Tribunal Constitucional *“a los medios que garantizaban la comunicación social y a las personas que profesionalmente los sirven”*, se permite la asistencia a los medios de comunicación social acreditados, *salvo en aquellas que tengan el carácter de secreto*”. Con esto, se distinguen entonces diferentes categorías de sesiones:

- Las sesiones públicas, que serían aquellas a las que cualquier ciudadano puede acudir libremente.
- Las sesiones no públicas, aquellas a las que no puede asistir nadie que no ostente la condición de Diputado, miembro de la comisión o los medios de comunicación debidamente acreditados.
- Las sesiones secretas, que son aquellas a las que no puede asistir nadie que no forme parte de la Comisión y entre las que el propio artículo distingue: aquellas cuya condición de “secreta” se acuerde por mayoría absoluta de sus miembros y las sesiones y trabajos de la Comisión del Estatuto de los diputados además de las Comisiones de Investigación, siendo también secretos los datos, informes o

documentos facilitados a estas comisiones para el cumplimiento de sus funciones, cuando lo disponga una Ley o cuando así lo disponga la propia Comisión.

Respecto a esta clasificación, se plantea la duda de en base a qué criterios y qué organismo se determina qué medio está acreditado para asistir a qué sesión igual que destaca la discrecionalidad de la Comisión para determinar el carácter secreto o reservado de sus reuniones.

Por consiguiente, el art. 64.4 del Reglamento dispone además que *“Las sesiones de las Comisiones de Investigación preparatorias de su plan de trabajo o de las decisiones del Pleno, o de deliberación interna, o las reuniones de las Ponencias que se creen en su seno, no serán públicas”*, con lo que se deja de reiterar la norma establecida en el punto primero del precepto que dispone que las sesiones de las Comisiones serán restringidas, en el sentido de no permitir el acceso a cualquier ciudadano. Reza además que *“se ajustarán a lo previsto en el apartado primero de este artículo las sesiones que tengan por objeto la celebración de comparecencias informativas ante las Comisiones de Investigación”* por lo que se reitera con el carácter restringido establecido en el epígrafe primero del art. 64, es decir, restringir el acceso a cualquier ciudadano con la excepción de Diputados, miembros de la Comisión y los medios de comunicación social debidamente acreditados. Para estos medios de comunicación se hace una nueva excepción en los casos en que las citadas comparecencias informativas ante dichas comisiones de Investigación sean secretas explicando que *“La comparecencia verse sobre materias que hayan sido declaradas reservadas o secretas conforme a la legislación vigente”* o porque *“a juicio de la Comisión los asuntos a tratar coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas”*.

Siendo estas exclusiones ya conocidas por ser los límites comunes usados en la normativa general en transparencia que regula el acceso y cuyo sentido viene marcado por otros poderes o autoridades públicas distintas al propio Congreso como son el Consejo de Ministros en el caso de materias clasificadas o secretas y el Poder Judicial por medio de Jueces y Magistrados para el supuesto de actuaciones judiciales, lo cual resta discrecionalidad al parecer del doctorando a la decisión de adoptar el carácter secreto de una determinada cuestión.

El art. 96 del Reglamento dispone que *“En el Diario de Sesiones se reproducirán íntegramente, dejando constancia de los incidentes producidos, todas las intervenciones y acuerdos adoptados en sesiones del Pleno, de la Diputación Permanente y de las Comisiones que no tengan carácter secreto. De las sesiones secretas se levantará acta taquigráfica, cuyo único ejemplar se custodiará en la Presidencia. Este ejemplar podrá ser consultado por los Diputados, previo acuerdo de la Mesa. Los acuerdos adoptados se publicarán en el Diario de Sesiones salvo que la Mesa de la Cámara decida el carácter reservado de los mismos y sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del artículo 52 de este Reglamento”*.

Continuando con la exposición del análisis del Poder Legislativo en Transparencia de Estado, es de necesidad entrar en el régimen jurídico establecido por el Reglamento del Senado. El art. 22.3 mantiene el carácter secreto de aquellas reuniones del Senado en las que se le va a informar acerca del dictamen emitido por la Comisión de Suplicatorios para los procesos de inculpación o procesamiento de los Senadores.

El art. 26.3 del mismo, reconoce el carácter secreto del Registro de Intereses del Senado en lo que respecta a los bienes patrimoniales de los Senadores pero centrándonos en el régimen de sesiones, donde más materia en transparencia y publicidad de los actos a calificar de Buen Gobierno, se encuentra que es bastante común al dispuesto para las sesiones del Congreso. Así pues para las sesiones del Pleno se dispone también como regla general su carácter público, excepto que a petición motivada de la mayoría absoluta de la Cámara o en aquellos casos previstos por el Reglamento en su art. 72. Con esto se reitera al defecto endogámico de dejar en manos del propio organismo al que afectan las reuniones la decisión de su carácter público o secreto. Posteriormente se hace una remisión directa al resto del Reglamento para dilucidar cuales son también sesiones reservadas del Pleno.

Por el contrario de lo dispuesto para el Congreso, las sesiones de las Comisiones del Senado no son “no públicas”, con lo que deja una duda en la razón de hacer en el art. 75 una mención especial a los representantes acreditados de los medios de comunicación social para legitimarlos al acceso a las sesiones en cuestión ya que si las sesiones son públicas, se interpreta que podrá acceder cualquier ciudadano con

independencia de su profesión u oficio. Se vuelve además a hacer alusión a la acreditación con los problemas que puede acarrear la acreditación con las taras que puede arrastrar de quién y en base a qué criterios se otorgan las citadas acreditaciones. Igual puede cuestionarse del art. 73 la mención del acceso de los medios a las sesiones del Pleno del Senado.

Finalmente ha de destacarse que también se prevé el carácter secreto de las sesiones de las Comisiones en el art. 75.2 y 75.3 del Reglamento para dos casos tasados como son *“En todo caso, las sesiones de las Comisiones o aquellos puntos de las mismas que tengan por objeto el estudio de incompatibilidades, suplicatorios y cuestiones personales que afecten a Senadores”* y *“Las reuniones a puerta cerrada de las Comisiones cuando, sin afectar a los temas antes expuestos, sea acordado por la mayoría absoluta de sus miembros”*.

Hasta aquí se ha de añadir que el deber de “estricta reserva” respecto de todos los asuntos que Diputados y Senadores conozcan por razón de las Cortes Generales, lo cual puede suponer un serio obstáculo para el acceso, pues si bien el secreto se limita a aquellas sesiones, actas y documentos calificados como tales por Ley, el concepto de reserva aparece vinculado al clásico sigilo funcional o prudencia, discreción de todos los asuntos que se conozcan en el cargo, lo cual y a pesar de que el rigor de la reserva es inferior que el secreto, podría extender en la práctica el secretismo a una gran cantidad de asuntos. Es necesario utilizar el criterio dispuesto en el art. 7 del RD 33/1986, de 10 de enero sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado, el cual sanciona con falta grave el *“no guardar el debido sigilo respecto de los asuntos que se conozcan por razón de su cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilicen en provecho propio”*, en lo que SAINZ MORENO añade que se produzca un perjuicio a particulares por desvelar datos que puedan afectar a su intimidad.

En el 78 ya era una obviedad la importancia de la probidad legislativa, de ahí que exista un procedimiento como el español en la generación de leyes en la que brevemente descrita se inicia primero en la Mesa del Congreso, quien decide si se comienza o no la tramitación de las propuestas a tramitar. Las iniciativas legislativas incluyen exposición de motivos, antecedentes, memoria explicativa y una serie de

informes preceptivos que son públicos y van asociados a la Ley: del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado, del Consejo Económico y Social, de razón de género, memoria económica o de alguna otra institución del Estado.

En cualquier caso, una vez aquí tienen un plazo de 30 días para pronunciarse sobre la posibilidad de continuar con la tramitación donde hay dos tipos de enmiendas aplicables, las parciales o a la totalidad que deben presentarse con la firma de un diputado y el portavoz del grupo parlamentario y con una justificación.

Más tarde la comisión vota el informe que presenta la ponencia y se elabora un dictamen que se envía al Pleno del Congreso o pasa directamente al Senado dependiendo de si la Mesa del Congreso ha delegado en la Comisión la competencia legislativa plena o no y este es uno de los momentos más conocidos por la opinión pública de todo el proceso, ya que se debaten las enmiendas más llamativas y que tienen un mayor impacto político. Cuando el texto definitivo se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, otra puerta abierta al ciudadano, y se envía al Senado, hay dos meses para acabar de tramitar la ley a no ser que deba tramitarse por vía de urgencia, para lo que contarían con 20 días. En el Senado, a su vez, pueden presentarse dos tipos de enmiendas, al texto del articulado o de veto, o sea devolución de la ley al Congreso o propuesta de un texto alternativo para cambiar el espíritu del enfoque y si el Senado no introduce ningún cambio en el texto se envía directamente al Rey para que lo sancione y se publique en el BOE.

Así pues, el parlamento, democráticamente constituido y representante ciudadano, cuenta con las características capitales como son la transparencia activa, representatividad, accesibilidad, responsabilidad y eficacia aunque no solo en esta instancia representativa, podemos observar que atendiendo a los Códigos de Conducta de los diferentes partidos políticos²⁴⁶ más representativos en España se trata que uno de los principios generales son que aquella persona que desempeñe un cargo o función lo hará ateniéndose a los principios de transparencia, eficacia y probidad.

²⁴⁶ PAU I VALL, F., *La Transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 132.

En el seno de este Poder, el Título III de la LTBG contribuye las relaciones y diligencia del Congreso con el CTBG destacando el art. 40 rotulado como *“Relaciones con las Cortes Generales”* definiendo *“El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno elevará anualmente a las Cortes Generales una memoria sobre el desarrollo de sus actividades y sobre el grado de cumplimiento de las disposiciones establecidas en esta Ley. El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comparecerá ante la Comisión correspondiente para dar cuenta de tal memoria, así como cuantas veces sea requerido para ello”*. Finalmente y con motivo de la LTBG se añaden nuevas medidas en este sector, como la creación del Portal de Transparencia en cada Cámara o el cambio de Régimen económico y ayudas de los Diputados a los que aludiremos con posterioridad. Por su parte, la Disposición adicional octava de la LTBG, viene a establecer que *“El Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas regularán en sus respectivos reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones de esta Ley”* determinó que en cada una de las cámaras parlamentarias de la voluntad ciudadana se aplicaren sus normas probas.

De esta manera, en el Congreso la regulación aprobada conforme a lo dispuesto la constituyen las “Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013... a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo” de 20 de enero de 2015²⁴⁷ (NTC) y en el Senado la “Norma reguladora del derecho de acceso a la información pública del Senado” aprobada en su reunión del día 2 de diciembre de 2014²⁴⁸ y también las “Normas de acceso externo a las unidades documentales del Senado”, aprobadas por la Mesa de la Cámara del día 3 de mayo de 2012²⁴⁹.

Dando paso a la siguiente separación del Estado, señalar que el régimen de acceso a la información y lo que sostenemos como Transparencia de Estado en el espacio del Poder Judicial²⁵⁰ parte de la orientación del art. 120.1 CE *“Las actuaciones*

²⁴⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, número 595, de 23 de enero de 2015.

²⁴⁸ BOCG, Senado, número 451, de 9 de diciembre de 2014.

²⁴⁹ BOCG, Senado, número 112, de 30 de octubre de 2012.

²⁵⁰ Remarca FERNANDEZ RAMOS que *“En general, el término transparencia viene siendo hoy ampliamente utilizado con referencia no sólo a la acción administrativa, sino también a la judicial”*

judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento” donde, desde el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, autores como FERNANDEZ RAMOS detallan que *“referida a la sociedad o al público en general y no como publicidad para las partes, tiene por finalidad garantizar el control de la generalidad de la Ley y de su fiel aplicación”*²⁵¹.

El Poder Judicial, por su índole institucional, ha sido y es uno de los órganos en que antes se ha impuesto la voluntad a la hora de aplicar la Transparencia de Estado con 4 núcleos:

- El Plan de Transparencia Judicial.
- La Carta de Derechos del Ciudadano ante la Administración de Justicia.
- La Comisión de Estadística Judicial.
- El Portal de Transparencia del Consejo General del Poder Judicial como órgano independiente de gobierno de dicho poder.

En primer lugar el Consejo de Ministros, en su reunión del día 21 de octubre de 2005, a propuesta del Ministro de Justicia, aprobó mediante Acuerdo el Plan de Transparencia Judicial, conforme a lo previsto por el art. 14 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal. En virtud de este precepto se anticipa la *“planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia”*.

Es un proyecto destinado a conseguir una mayor transparencia de los procedimientos judiciales, reforzando los principios de independencia, imparcialidad,

FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 320.

²⁵¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 313.

competencia, accesibilidad, eficacia, duración razonable en las tramitaciones, calidad, previsibilidad, igualdad y responsabilidad. Se trata de garantizar una adecuada correspondencia entre el coste y el rendimiento del servicio público y para ello se sirve de puntos como dotar de medios estadísticos adecuados que permitan obtener datos válidos sobre la actividad judicial y su calidad a la Administración de Justicia o identificar con precisión todas las instalaciones y equipos de trabajo de la Administración de Justicia en el Estado, las Comunidades Autónomas, provincias y partidos judiciales para evaluar su idoneidad en la implantación eficiente de la Oficina Judicial, tanto para los profesionales como para los ciudadanos usuarios del servicio.

En segundo lugar hemos de destacar la transparencia judicial invocada en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia²⁵², aprobada como Pacto de Estado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 22 de abril de 2002, en la que se reclama la aplicación de los principios de transparencia, información y atención adecuada a los usuarios de la Justicia. En su preámbulo se señala que en el siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una Justicia más abierta, que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados. Concretamente en su preámbulo apela a que *“Entre las prioridades del Pacto de Estado figura la elaboración de una Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia que atienda a los principios de transparencia”*.

En la Segunda Parte del texto que constituye la Carta, se explicita insistentemente que *“el ciudadano tiene derecho a recibir información transparente sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes de todos los órganos jurisdiccionales de España”*. Y se añade que *“el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, así como el Consejo General del Poder Judicial, canalizarán esta información para facilitar su consulta en el marco de un plan de transparencia”*.

²⁵²Disponible

en:

https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/Carta_de_derechos_de_los_ciudadanos.pdf?idFile=0a3af68a-cfe3-4243-83ba-fd4c05610e72

A continuación, la Comisión Nacional de Estadística Judicial (en adelante CNEJ) se crea como otra herramienta al servicio de la transparencia por medio de la información procesada convirtiéndose en un organismo encargado de aprobar los planes estadísticos, generales y especiales, de la Administración de Justicia, y establecer criterios uniformes y de obligado cumplimiento para todos sobre la obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español.

Las funciones que corresponden a la CNEJ son la inclusión de datos de carácter general y relativo a cada órgano judicial cuya recogida y publicación se considera útil para cumplir con las finalidades y objetivos del Plan de Transparencia Judicial.

Respecto a la composición de la CNEJ, ésta estará integrada por el Ministerio de Justicia, una representación de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado. La estructura, composición y funciones han sido establecidas reglamentariamente por el Gobierno, mediante real decreto, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, del Fiscal General del Estado, de la Agencia de Protección de Datos y de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia.

Finalmente este Poder concluye su aparato en transparencia con un canal, el Portal de Transparencia, denominado "*José Luis Terrero Chacón*" en honor al mismo, por Acuerdo de la Comisión Permanente de 17 de marzo de 2015, en homenaje al fallecido Secretario General que fue su principal impulsor, pretende facilitar a toda la ciudadanía el acceso a la información del Consejo General del Poder Judicial, su actividad, la finalidad del empleo de fondos públicos, los criterios y motivos de sus decisiones y los demás temas de interés público con espacios de publicidad sobre bienes, subvenciones, personal, contratación, presupuestos, altos cargos, acuerdos adoptados por el Pleno y de las Comisiones, la agenda de actividad diaria del CGPJ, los convenios de cooperación con otras instituciones, los estudios realizados en diversos temas, las memorias de estado y funcionamiento anuales y los informes sobre anteproyectos de ley y otras disposiciones.

A todo lo comentado hasta el momento es necesario añadir el deber razonable exigido al personal al servicio de la Administración de Justicia de guardar “*secreto riguroso de los asuntos que conozcan por razón de su cargo*”. Por otro lado, atendiendo al acceso a la documentación en manos del Poder Judicial hay que proceder al estudio de , entre otras, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio (LOPJ) y el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre de 2005 de aspectos accesorios a las actuaciones judiciales y sobre todo al art 120 de la Constitución en el que a pesar de reconocer literalmente la “publicidad de las sentencias” y el carácter público de las actuaciones judiciales, se establecen posteriormente unas limitaciones amplias entre las que destaca por su peculiaridad las derivadas del “secreto de sumario” determinado por el juez.

El art. 232 LOPJ establece como regla general el carácter público de las actuaciones judiciales, con dos excepciones: las excepciones que prevean las leyes de procedimiento y aquellas excepcionalmente vengan determinadas por razones de orden público y las de protección de los derechos y libertades en el que serán los jueces y tribunales mediante resolución motivada quienes podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter reservado o secreto de una parte o la totalidad de las actuaciones siempre y cuando lo hagan mediante resolución motivada.

En el precepto 233 LOPJ se extiende el secreto a las deliberaciones de los Tribunales y al resultado de las votaciones y los arts. 234 y 235 reiteran al establecer excepciones justificadas en la calificación como secretos o reservados de los archivos, acuerdos, registros y libros así como el estado de las actuaciones judiciales y escritos que consten en autos declarados cuando dicha calificación venga establecida por una Ley además de los documentos que se determinen. Por su parte, el art. 266.1 LOPJ reza “*el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes*”. Si al “secreto de sumario” se atiende en materia de acceso a la información en un órgano transparente, se ha de tildar la supresión del principio de publicidad del

proceso cuando así lo determine el juez en determinadas circunstancias. La Ley de Enjuiciamiento Civil primitiva desarrollaba razones de “escándalo u ofensa moral” para practicar a puerta cerrada determinadas actuaciones de prueba, así como de “moral y decoro” para la despensa y vista de ciertos negocios.

Con esto, se sobreentiende que atendiendo a lo indeterminado y subjetivo de dichos conceptos se procede a una reforma del régimen de publicidad que trajo la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la que los arts. 138.2 y 140.3 LEC precisan por fin las causas de la celebración de las actuaciones a puerta cerrada y del carácter reservado de la totalidad o a parte de los autos y que tasa en la necesidad de *“protección de datos y en la protección de orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”*. Por otro lado, el precepto 141 LEC, limita el acceso a libros, archivos y registros judiciales que tengan carácter reservado a aquellas personas que acrediten un interés legítimo y obtener, a su costa, testimonio o certificación de los extremos que se indiquen. En última instancia, confirma en su art. 197.1, continuando con lo establecido en el art. 233 LOPJ, que la discusión y votación de las resoluciones se verificarán siempre a puerta cerrada.

Si bien es cierto que en el enjuiciamiento en jurisdicciones como la civil, social, laboral y contencioso, administrativa son más aperturistas, es como no podía ser de otra manera la jurisdicción penal aquella en la que más límites se establecen en términos de acceso y publicidad pues en la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo se contempla el juicio oral pero en ningún caso en la fase preparatoria de la instrucción del sumario según lo dispuesto en los arts. 301 y 322 de la citada Ley. En el juicio oral, también se podrán celebrar a puerta cerrada los debates por razones de *“moralidad o de orden público, o de respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia”*, según establece el art. 680 LECRIM. Finalmente el art. 150 LECRIM mantiene igual que ocurre con la analizada LOPJ y la LEC que la discusión y votación de las sentencias se verificará en todos los Tribunales a puerta cerrada.

Por último y muy brevemente, a pesar de que no formen parte del Poder Judicial, pero por sus connotaciones relativas al tráfico de dictámenes judiciales y ejercicio de actuaciones similares, se mencionará el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Defensor del Pueblo. Para el primero rige un sistema muy parecido al expuesto para el poder judicial al establecer el art. 80 de la Ley orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional que *“se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, días y horas hábiles, computo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados”*.

Igualmente el art. 82.2 LOTC reconoce que el Tribunal Constitucional podrá disponer las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones. En cuanto a las sentencias, según el art. 86.3 LOTC, su publicidad podrá verse afectada por las medidas necesarias para la protección de derechos contemplados en el art. 18.4 CE. A ello hay que añadir de nuevo el deber del personal al servicio del TC de guardar secreto o reserva sobre aquello que conozca por razón de su cargo.

El TC mediante recurso de amparo por violación de derechos fundamentales, en el caso actual, desde la perspectiva del art. 20 CE u otros con el que el derecho de acceso a archivos o registros pudiera o pudiese tener conexión instrumental directa ya que el art. 105. b) CE no se puede considerar desgraciadamente y de forma individualizada como un derecho fundamental autónomo como describe la STC. 161/1998, de 20 de septiembre al establecer de forma taxativa que las normas y principios del art.105. b) CE *“son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto en ninguno de ellos se reconoce derechos fundamentales y libertades públicas de los incluidos como amparables en el art. 52.2 CE”*.

El TEDH, en última instancia, entrará en escena una vez haya sido desestimado el recurso de amparo en el TC aludiendo a la posible violación del art. 10²⁵³ del Convenio Europeo de Derechos Humanos aludiendo a la libertad de expresión y de acceso a la información. Solo en los casos en los que la solicitud reúna los requisitos para en ulteriores instancias poder ejercer una defensa efectiva, se podría considerar que estamos ejerciendo el mismo, y por tanto, se darían las circunstancias aludidas por la jurisprudencia del TEDH para ser objeto del respectivo recurso.

En cuanto al Defensor del Pueblo, es destacable por algunos autores que podría considerarse esta figura como una especie de autoridad independiente que conozca de los conflictos surgidos en torno al acceso a la información aprovechando la ventaja amplia que significa el privilegio con el que cuenta el Defensor del Pueblo para acceder a la documentación administrativa y que permite a esta institución solicitar a los tres Poderes del Estado los archivos, expedientes, en todo caso informaciones necesarios para el desarrollo de su función, incluidos aquellos clasificados como secretos, tal y como reconoce el art. 22.1 de su propia Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril del Defensor del Pueblo. No obstante ha de tenerse en cuenta la temida opción de que la vía del Defensor del Pueblo se convierta en una vía opcional, mejorada, alternativa a modo de atajo a la jurisdicción contencioso-administrativa tanto por su gratuidad por no exigirse representación o postulación de abogado y procurador así como la comodidad que ofrecen unos plazos más amplios (un año desde el hecho o resolución) y la superior velocidad con la que resuelve, pues no ha de olvidarse que la Administración Pública ha de contestar al Defensor del Pueblo en 15 días.

²⁵³ Art. 10 CEDH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, 12 13 condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

En forma de reclamación o queja se obliga a la Administración a que actúe revisando el expediente o al menos la resolución, en este caso, la de permitir el acceso o denegarlo a una información solicitada. En el improbable caso de que existan indeterminaciones, errores o anomalías en la resolución o en el procedimiento, la Administración Pública ha de responder al Defensor del Pueblo reconociendo sus errores o bien subsanándolos, lo que supondría la modificación de la resolución. Es evidente que en el supuesto en que se declinase por la primera salida o bien en aquellos casos en que la Administración no reconociese simplemente error alguno, el Defensor del Pueblo tiene la facultad de presentar una sugerencia que no tendría la misma fuerza que una resolución judicial y que solo puede terminar en una puesta al tanto de la cuestión al Ministro o máxima autoridad administrativa correspondiente o informe al Congreso.

Destaca otra consagración del acceso a la información en el seno de los juzgados, sus archivos, lugar en que se encuentran los expedientes, procedimientos y acuerdos judiciales de los ciudadanos que han acudido a la justicia. Quizás por normalización, quizás por ser anterior al boom *novitate* de la transparencia pasa desapercibido, pero es a nuestro modo una información pública judicial a la que en virtud del Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de los archivos judiciales²⁵⁴ puede accederse (art. 7) por parte de los interesados²⁵⁵. Al ser reciente a la publicación del decreto la LOPD este reglamento y el 5/2005 (arts.3.2 y 93.3) que veremos a continuación, fue uno de los primeros en ponderar la permisión de la información siempre que se salven los datos de carácter personal y valorando el consentimiento del demandante o/y demandado o el tiempo transcurrido desde la incoación del procedimiento judicial (art 7.2).

A posteriori processus supone esta regulación un auténtico plantel de transparencia que hace portales de transparencia a los archivos judiciales (tanto de gestión, territoriales, central y hasta la misma comisión de expurgo). Habilita el

²⁵⁴ BOE núm. 181, de 30/07/2003, pp. 29523 a 29530.

²⁵⁵ El mismo reglamento ya cita al art. 105 CE, pero acentúa el fin de su publicación en el art. 1.5.º "La finalidad [...] que permita la realización de los fines de la Justicia, así como garantizar el acceso a la documentación por quien tenga interés en ello, con las garantías y limitaciones legalmente exigibles".

legislador un procedimiento de garantía para el interesado por el cual puede recurrirse una denegación de información por parte del Letrado del Administración de Justicia ante el juez o presidente del tribunal [art. 12.3 del Reglamento de modernización de archivos y art.4.3 del del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales²⁵⁶ (“*será revisable por el Juez o Presidente a petición del interesado, que lo deberá solicitar en el plazo de tres días desde la correspondiente notificación. Si, transcurridos dos días desde la solicitud...*”)].

Resulta significativa también la intención prudentemente aperturista que este reglamento otorga en su art. 6 al derecho de acceso a la información al permitir “*...con carácter general, el acceso de los medios de comunicación acreditados a los actos procesales celebrados en audiencia pública...*” siendo así públicos y siendo información lo acontecido en sede judicial. Continúa igualmente el precepto con la limitación a tal derecho “*...excepto en los supuestos en que pueda verse afectados valores y derechos constitucionales, en los que el Juez o Presidente del Tribunal podrá denegar dicho acceso mediante resolución motivada*”, precepto complementado con el art. 93.4 del mismo cuerpo legal “*El derecho de acceso no podrá ejercerse en perjuicio del derecho a la intimidad de personas distintas del afectado*”. Prima de nuevo la intimidad sobre el acceso, valoración que se comparte pues la información pública judicial ha de ser especialmente tratada a la información pública ordinaria. En suma, formas de transparencia y acceso previas que conforman la Transparencia de Estado que nos ocupa y que nos habla del estado de la transparencia.

De igual forma se ha de resaltar que la Ley Orgánica 3/1981, de 3 de abril, prevé el carácter de absoluta reserva de las investigaciones que éste realice así como de los trámites procedimentales, debiendo disponer las medidas especiales de protección respecto a los documentos calificados de “clasificados” o “secretos” según su art. 22.2 LODP. Finalmente el art. 16 LODP menciona el secreto de las conversaciones entre el Defensor del Pueblo y sus delegados con cualquier otro individuo internado en un centro de detención, internamiento o custodia con lo que se vuelve a contemplar en el

²⁵⁶ BOE núm. 231, de 27/09/2005, pp. 31859 a 31886.

Reglamento del Defensor del Pueblo, el deber del personal de este órgano de guardar estricta reserva en relación con los asuntos que ante el mismo se tramiten. Esta es, finalmente y en conclusión, la pesada estructura de publicidad²⁵⁷ y Transparencia de Estado que sustenta

A partir de aquí, punto de inflexión y avanzando al Poder Ejecutivo como siguiente y último peldaño, epicentro de la tendencia reformista, encontramos los evidentes efectos de las exigencias sociales con una estructura consolidada y por consolidar en la que por ser de sobra conocida, se expondrá sucintamente. Si el Poder Ejecutivo en España está constituido por el Gobierno y la Administración²⁵⁸, es de entender que hayan sido las principales protagonistas de la LTBG y su reglamento de desarrollo en proyecto, legislación que, en suma establece un ámbito subjetivo de entes obligados a garantizar una transparencia, dispone los principios que han de regir, los mecanismos de solicitud de información pública y su régimen de impugnaciones así como otros puntos como el Buen Gobierno con sanciones aplicadas a conductas que a esta materia contradigan así como la creación de un órgano independiente en este campo como es el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno.

Desde el punto de vista de la Administración Pública, el derecho de acceso ya no se configura tan solo como un derecho, sino que se compatibiliza con su concepción como un principio para determinar la transparencia, el acceso a la información y el Buen Gobierno en la gestión de recursos tal y como recogía el art. 3.5 LRJPAC, el art.

²⁵⁷ Según la STC 96/1987, de 10 de junio de 1987 la publicidad *“ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia”*.

²⁵⁸ Del Gobierno y la Administración y su relación con la Cámara Baja en términos de acceso a la información podemos mencionar el art. 109 CE (y el art. 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados *“tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas”*) en el que se consagra la posibilidad de *“recabar”*, de exigir rendición de cuentas y de solicitar al Ejecutivo central o autonómico la información que se estime oportuna en este plano. La STC 161/1988 sostiene que este derecho es una forma de conseguir información de la Administración, que puede agotar sus efectos en su consecución o ser instrumental y servir *a posteriori processus* para que el Diputado o el Grupo Parlamentario que las solicita, puedan someter al Gobierno a ulteriores procedimientos de control.

3.2.g LOFAGE y el Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado²⁵⁹ al establecer los principios de eficacia, claridad, objetividad y transparencia como reglas de funcionamiento de una Administración recogiendo en el ámbito internacional el contenido de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas del año 2000²⁶⁰ y el Libro Blanco de la Gobernanza Europea²⁶¹.

En el nuevo concepto de Administración Pública que propicia la solución a todos los avatares, se introducen nuevos principios de actuación o funcionamiento en los que se inspiran los operadores privados como la eficacia, la programación y desarrollo de objetivos, la agilidad de los procedimientos y la transparencia dentro de la misma [art. 3.2.g) LOFAGE].

Dicho lo anterior, existe otra faceta que debería abarcar este estudio desde la concepción citada del derecho de acceso y esta no es otra que la representada por las solicitudes de los ciudadanos a otras Administraciones desde el punto de vista territorial como son la Autonómica y la Local como a otros poderes que no son la Administración Pública. Siguiendo una concepción sueca del derecho de acceso a la información pública, ha de interpretarse de manera amplia e incluyente para abarcar toda la información existente susceptible de ser solicitada. La doctrina española (POMED, MESTRE y otras obras consultadas) determinan que el derecho que nos ocupa ha de ser

²⁵⁹ Por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, principio de conducta 3º, principio ético 10º y principio básico 1º.

²⁶⁰ En su capítulo V dedicado a “Human right, democracy and good governance”, apartado 25 que establece “*We resolve therefore: To ensure the freedom of the media to perform their essential role and the right of the public to have access to information*”.

²⁶¹ Estableciendo que “*Las instituciones deberían trabajar de una forma más abierta. Junto con los Estados miembros, deberían desarrollar una comunicación más activa sobre la labor de la UE y sobre las decisiones que ésta adopta. Deberían asimismo utilizar un lenguaje que resultara accesible para el público en general. Este aspecto reviste una especial importancia si se quiere fomentar la confianza en unas instituciones de por sí complejas*” y para ello mantiene que “*La democracia depende de la capacidad de los ciudadanos para participar en el debate público. Para ello, deben tener acceso a una información fiable sobre los asuntos europeos y estar en condiciones de seguir con detalle cada una de las etapas del proceso político. En 2001, se han realizado considerables progresos con la aprobación de nuevas formas que permiten a los ciudadanos un mayor acceso a los documentos de la Comunidad*”.

extendido a cualquier persona o entidad que atienda a funciones públicas en sentido amplio, o sea, incluyendo servicios públicos o de interés general. Compartiendo plenamente esta postura, habrá que afirmar que son también sujetos pasivos del derecho de acceso los organismos públicos comunes como el resto de corporaciones administrativas ya sean colegios profesionales, cámaras de comercio, industria y navegación, etc.

A nivel administrativo se ha de citar en este aspecto que la normativa aplicable tanto a nivel autonómico como local puede diferir del establecido por la normativa estatal, pero en cualquier caso deberá respetar los mínimos establecidos por la Constitución. En el ámbito autonómico se hace palpable desde el respeto que la normativa autonómica en la materia deberá guardar respecto a los derechos fundamentales y la normativa estatal que afecte al derecho de acceso y que se corresponda con la competencia exclusiva del Estado sobre la misma como en materia de justicia, seguridad, defensa, etc.

Tomando del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado en la Ley 7/2007, de 12 de abril los aspectos de transparencia y acceso a la información que vincula a los empleados públicos autonómicos podríamos citar en los arts. 52, 53.12 y 54.4 EBP donde se determinan los deberes de confidencialidad, secreto de materias clasificadas o prohibidas, discrecionalidad de actuación por razón del cargo sin que los funcionarios puedan usar la información en beneficio propio o de terceros o en perjuicio de interés público, el deber de informar a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Dicho lo cual, atendiendo a lo dispuesto en el art. 148.1.18 CE, se sobreentiende que las Comunidades Autónomas podrán regular el desarrollo del régimen jurídico de acceso contemplado en el art.37 LRJPAC con sus peculiaridades y actualizaciones respecto a la nueva Ley 39/2015 por cuanto que se establece que las bases del régimen jurídico de las Administraciones y las reglas del procedimiento que integran el concepto de procedimiento administrativo común.

Finalmente en la transparencia en las Entidades Locales, se hace necesario acudir a la legislación representada fundamentalmente por la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) y al Real Decreto 2568/1986 de Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

En la primera, el art. 69 comienza exponiendo un principio general sobre la facilitación más amplia de información por parte de las Corporaciones Locales sobre la actividad que desempeñan especialmente en las sesiones de las mismas. De éstas, el art. 70 LBRL y el art. 227 ROF relatan que pueden ser secretos los debates y las votaciones de las materias que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el art. 18.1 CE, cuando se acuerde por mayoría absoluta y que no serán públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local ni las sesiones de la Comisión de Gobierno ni de las Comisiones informativas, sin embargo ha de tenerse en cuenta que a las sesiones de estas podrá convocarse, a los meros efectos de escuchar su parecer o recibir su informe a un tema específico, a representantes de las asociaciones o entidades a que se refiere el art. 72 LBRL. También pueden ser públicas las sesiones de los demás órganos complementarios que puedan ser establecidos por el reglamento orgánico municipal, en los términos que prevean la legislación y las reglamentaciones o acuerdos plenarios por los que se rijan.

Atendiendo a los arts. 70.2 LBRL y al art. 196 ROF, los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publicarán o se notificarán en la forma prevista por la Ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos respectivos a éstos de cuya aprobación definitiva sea competencia de las Entidades Locales, se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el art. 65 LBRL (un mes) salvo los presupuestos y ordenanzas fiscales que se publicarán y entraran en vigor en términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales.

La Administración con competencias urbanísticas deberán tener a su vez, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias del planeamiento vigente en su ámbito territorial. Aquellos acuerdos que adopten el Pleno y la Comisión de Gobierno, cuando tengan carácter decisorio se publicarán y notificarán en la forma prevista por la

Ley. Iguales requisitos serán de aplicación a las resoluciones del Alcalde o Presidente de la Corporación y miembros que ostenten delegación. De la misma manera, la STS de 1 de diciembre de 1987 ha reconocido, al igual que vimos que se hacía en materia ambiental, una especie de acción pública para exigir la publicidad de los acuerdos de las Corporaciones Locales basada en el derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos.

Respecto al derecho de acceso a los documentos locales como por ejemplo los expedientes, actos o acuerdos, el art. 18.1 LBRL en su punto e) comienza estableciendo como derecho y deber de los vecinos el ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el art. 105 CE. El acceso derecho de acceso a la información pública local puede hacer bien por medio de la documentación de los archivos y registros generales de los arts. 151, 179 y 198 ROF, el padrón municipal del art. 17 LBRL, el registro de intereses del art. 32 ROF y la obtención de copias, certificaciones y aclaraciones de los acuerdos de las Corporaciones y sus antecedentes como establecen los arts. 70.3 LBRL y 207 ROF, y finalmente las solicitudes de información sobre asociaciones de vecinos del art. 234 ROF. Por último, si a limitaciones ha de referirse en este momento el tema, ha de volverse en este ámbito al art. 105.b) CE, como el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la CE u otras como por ejemplo el entorpecimiento de las tareas de los servicios municipales.

III.2.2. Estado de la Transparencia

Del concepto de transparencia asociado al de Estado democrático hay que decirse que está en constante evolución desde hace siglos²⁶². El Estado de la Transparencia es un sujeto de derecho *súmmum* de la probidad y de la democracia gracias a la intervención de las TIC's que se sitúa tras el Liberal y el Estado de Bienestar, por lo que puede decirse que es el Estado 3.0 o de tercera generación

²⁶² *“En efecto, hoy en día no puede concebirse una democracia que merezca tal nombre si en ella, además del gobierno de las mayorías y el imperio de la ley, no se garantiza un mínimo control de los ciudadanos sobre la acción de sus gobernantes, más allá de las elecciones periódicas”*, RODRIGUEZ ZEPEDA, J., *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, cuaderno de transparencia 4, 2004, p. 6-9.

democrática. Este ente persevera en la garantía de todos los derechos y su seguridad jurídica exponiendo la gestión y las actuaciones públicas en una comunidad interconectada e intercomunicada. Además alardea, comparte y permite el acceso de la información pública porque la considera *res publicae et communes ómnium*, por lo que su consideración la hace ser poseedora de un rango superior al que pueda tener en un Estado que reserve o proteja datos de los expuestos en el art. 2 LTBG.

El Estado en su concepto puro puede decirse que ha desaparecido a favor de una red sistemática de individuos que interactúa en relaciones donde no es solo la Administración Pública la que influye y media entre los ciudadanos sino que son también los ciudadanos los que influyen en la misma difuminándose cada vez más las diferencias entre lo público y lo privado. El profesor SÁNCHEZ DE DIEGO facilita una reflexión y una idea con la que puede introducirse el concepto con el que la tesis se identifica: *“Soy de los que entiende que en principio si hablamos de derecho fundamental no podría en absoluto limitarse a la Administración pública, sino que tendría que afectar a todos los poderes del Estado, bien mediante una enunciación singular de cada uno de ellos o bien mediante una enunciación general de todos ellos, como puede ser que afectase a todas las instituciones públicas y privadas que ejerzan una función pública o que se financien con dinero público”*²⁶³. Para que un Estado pueda alcanzar el status de “Estado de la Transparencia” ha de cumplir ciertos requisitos *sine qua non* y encontrarse en una escala previa, el Estado Social²⁶⁴ posterior a un asentado Estado Liberal²⁶⁵ y por supuesto de Derecho entendido como *“aquel que se rige por un sistema de leyes e instituciones ordenado en torno de una constitución”*²⁶⁶.

²⁶³ Diario de sesiones de la Comisión del Congreso de los Diputados núm. 254 de 12 de febrero de 2013, p. 27.

²⁶⁴ Respondiendo según TORRES DEL MORAL a *“una idea estatal que busca conjugar jurídicamente su crecimiento con la libertad de los individuos y de los grupos”*. TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p.75.

²⁶⁵ *“Puede decirse, incluso, que el Estado liberal se puede definir, en sus términos más generales, como un Estado limitado o contenido por las libertades fundamentales de los ciudadanos: un*

Los requisitos fundamentales para que un sistema pueda ser considerado así en términos democráticos en el acceso a la información son: Que todos los ciudadanos deben de poseer iguales y efectivas oportunidades de participar²⁶⁷ de las decisiones y si el principio de igualdad está reconocido, tienen el mismo derecho a acceder a la información pública los gestores como los gestionados amparándonos a interpretación en el art. 14 CE.

Además la ciudadanía ha de tener adecuadas oportunidades para obtener cualquier información en un formato accesible, comprensible e incluso intuitivo que necesiten a fin de comprender las políticas en cuestión y sus probables consecuencias sin discriminación por razón de cargo o de región. Deben integrar todos estos elementos en el ordenamiento para despenalizar o desestigmatizar el solicitar información al Gobierno, Administración o a cualquier entidad dependiente lo cual lo convertirá en un gobierno abierto y por tanto más democrático.

III.3. Análisis de resoluciones en transparencia y acceso a la información

En el presente epígrafe se analizarán las principales resoluciones hasta la fecha sobre transparencia y acceso a la información existentes tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa como las resoluciones de carácter parlamentario. A sabiendas de que la jurisprudencia en nuestro país es solo la emitida por el Tribunal Supremo, nos referimos a jurisprudencia entendiendo esta como el conjunto de resoluciones en un campo concreto.

Estado transparente". RODRIGUEZ ZEPEDA, J., *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, cuaderno de transparencia 4, 2004, p. 25.

²⁶⁶ MOHL, R., *Die deutsche Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen, H. Laupp, 1832, p. 34.

²⁶⁷ "Un gobierno transparente sirve de muy poco si la ciudadanía no es capaz de elevar su nivel de discusión y su capacidad para construir buenas razones y argumentos". RODRIGUEZ ZEPEDA, J., *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, cuaderno de transparencia 4, 2004, p. 41.

El breve periodo de existencia de las nuevas normativas y estructuras planteadas en transparencia no ha sido parapeto para un ejercicio y vida arduos con numerosa actividad. El órgano administrativo máximo en transparencia, el CTBG ha generado hasta 10 resoluciones diarias a solicitudes de información, que es por medio del PTBG una de sus funciones, pero es la actividad contencioso administrativa la que va a analizarse, pues es donde reside el margen de resistencia al cambio y el asiento del nuevo *establishment* de transparencia.

III.3.1. Desarrollo a través de la Jurisprudencia contencioso-administrativa

Desde enero de 2014 hasta diciembre de 2016 han sido 31 los procedimientos judiciales contenciosos-administrativos en los que litigaban el CTBG con distintas partes. Como pauta general se observa por todas las resoluciones finales que existe una cierta reticencia a la transparencia por mala interpretación de los límites a la admisión de solicitudes de información, sujetos obligados y alcance de sus premisas y en esto tiene mucho que ver el retraso del reglamento de desarrollo de la LTBG, el cual pondría luz sobre muchas cuestiones.

Para comenzar la exposición y análisis de los procedimientos, citamos el procedimiento ordinario nº 33/2015 del Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 9, la Corporación de Radio Televisión Española se persona contra el CTBG por una resolución en la que le obliga a facilitar en 15 días unas cantidades ingentes de documentos generales a un medio público subdividido por canales. Se aprecia una interpretación difusa del término limitativo de “reelaboración” fruto de la inconcreción de la legislación. La consecuencia de no tasar conceptos delicados deriva en alcanzar niveles de solución judiciales lo cual no deja de ser un fracaso administrativo. En este asunto se terminó con la sentencia nº 60/2016 que detalla que *“no aparecen desglosadas por canal, sino que habría que realizar una tarea no fácil para obtener unas cifras que a día de hoy no se tienen. Habría que reelaborar la contabilidad, pero esta vez no unitariamente sino por canales, con la enorme dificultad que ello supondría [...] la interpretación que hace el Consejo, resulta excesivamente restrictiva y contraria al espíritu de la norma”*.

Es entendible por la juzgadora que no el derecho de acceso a la información supone la petición de documentos existentes, no puede existir una elaboración por encargo ni por tanto obligar el usuario a la administración a generar contenidos, es por ello que el tribunal dice en su dictamen *“La interpretación que hace la demandada, va más allá de lo pretendido por el artículo 13 de la citada Ley, que reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, pero a la información que existe y que está ya disponible, lo que es distinto, de reconocer el derecho a que la Administración produzca, aunque sea con medios propios, información que antes no tenía”*. Finalmente se estima la demanda con lo que puede decirse que es el primer juicio que pierde el CTBG con tan solo un año de vigencia.

Procedimiento similar en lo que a interpretación de los límites se refiere es la del procedimiento ordinario 43/15 del Juzgado nº 5 de Madrid de lo contencioso-administrativo por la que la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda entra en litigio contra el CTBG aunque en esta ocasión es el consejo el que se lleva la razón por primera vez también en la sentencia nº 85/2016. Se aprecia el uso conveniente de los términos legislativos obrantes en la LTBG respecto a limitaciones fruto de nuevo de la ambigüedad o falta de cerco, en este caso es por el art. 14.1. h) LTBG en lo que a intereses comerciales respecta.

Esta tara en la redacción de limitaciones actuales hace que ya el tribunal tenga que aludir desde al art. 37 de la Ley 30/1992, cuyo numeral 5 afirma que, *“El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial”* hasta a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia o al art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual menciona el secreto profesional y comercial para poder encontrar una sólida interpretación. Es un rasgo de debilidad en la redacción del legislador cuando se ha de acudir a normas de ámbito internacional o normas ya en desuso.

Una tercera resolución al hilo de lo tratado es la derivada del procedimiento ordinario 29/2015-F del juzgado central de lo contencioso-administrativo de Madrid nº 2, de un demandante contra el CTBG y el Consejo General de Procuradores de los

Tribunales como codemandados en el que el objeto de litigio es el acceso a los acuerdos del Consejo por la Asociación de Defensa del Procurador. El concepto de información pública facilitado por la ley hace entender que de una cuestión que dio lugar a un acuerdo específico del Consejo General, todos los antecedentes sobre el tema que obran en poder de dicho organismo por lo que entraría en el concepto de información pública del art. 13 LTBG.

La sentencia 116/2016 terminó por estimar parcialmente la demanda considerando no ajustada a derecho la denegación a la información considerada pública y el límite de protección de la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. Además de la nueva controversia en el alcance de lo solicitable no dejan de aparecer límites propios, esta vez el deber de secreto que expresamente determina el art. 43 de la mencionada Ley 15/2007 *“1. Todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión, cargo o intervención como parte, deberán guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos y de cuantas informaciones de naturaleza confidencial hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones”*.

Una cuarta resolución a analizar es la que dictaminó el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 6 respecto al procedimiento ordinario nº 57 /2015 con la sentencia nº 60/16 en la que obligaba a la Corporación de Radio Televisión Española a facilitar la información referente a los gastos de la participación de la Delegación Española en el Festival de Eurovisión 2015. La información requerida a esta casa fue inadmitida a trámite porque para su divulgación era necesaria una acción previa de reelaboración, porque suponía un perjuicio para los intereses económicos y comerciales de la recurrente por esa elaboración y por exponer estrategias de la cadena además de acudir a un nuevo elemento de defensa en demandas, la *“extralimitación del Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) en el ejercicio de la función de adopción de criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la Ley 19/20013”*.

Esta disquisición llegó a instancias de la Sección Séptima de la Audiencia Nacional en virtud de un recurso de apelación de la resolución nº 47/ 2016 por medio de la cual se repetían argumentos añadiendo el silencio administrativo de los 20 días de respuesta del CTBG, aunque nuevamente la razón volvió a caer en el lado del derecho de acceso y se desestimó el recurso.

Otra cuestión de interés aparece cuando se trata de establecer las obligaciones de publicidad activa y su diferencia con los deberes de acceso a la información del obligado al administrado. En el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 7 se dio el procedimiento administrativo nº 62/2015 que recoge esta problemática por vez primera. Las empresas TRAGSA Y TECNOTRAGSA (las cuales reciben encomiendas de gestión por parte de CCAA) acuden a la tutela judicial contra una resolución del CTBG que instaba a las encomendadas empresas citadas, sujetas de las obligaciones en transparencia en base a la LTBG, a publicar en su Portal de la Transparencia toda la información referente a su actividad y gestión [Art. 8. 1. b) LTBG : *“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”*] a petición de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines.

El fondo de la cuestión radica en el sujeto obligado a la publicidad activa de dichas informaciones. Las empresas entienden que son destinatarias de los encargos pero que es el organismo encomendero el que ha de llevar el peso de la publicidad activa de su relación empresarial. El tribunal acaba estimando la demanda estableciendo que la publicidad activa, es tarea del organismo contratante, si bien las empresas públicas o con relaciones de las que se describen en la LTBG, no están dispensadas de facilitar y publicar pasivamente toda la información pública de la que se solicite acceso.

Si nos referimos a la reticencia subjetiva a facilitar información de retribuciones de directivos de directivos, políticos y administradores en su labor de gestión pública es

de citar la sentencia nº 138/2016 del Juzgado Central de lo contencioso administrativo nº: 10 en base al procedimiento ordinario nº 8/2016. En la misma se litiga acerca de la concesión o no la información referente a remuneraciones salariales de directivos del INECO (Ingeniería y Economía del Transporte) , siendo el punto de debate el carácter directivo o alto cargo o no de ciertos empleados que a juicio del tribunal sí poseen por lo que termina estimando la resolución del CTBG que insta a facilitar dicha información “...según lo establecido en el art. 8.f de la Ley de Transparencia, se deben publicar las retribuciones percibidas por los altos cargos y máximos responsables”.

Cuando la información se achaca a datos tributarios aparece un problema de ponderación mayor que tarde o temprano había de acontecer por la delicadeza de los documentos y datos en cuestión. Esta aparece en un clima de desasosiego por el conjunto de personas jurídicas españolas o extranjeras que ejercen aquí el núcleo de su actividad pero que tributan en los llamados paraísos fiscales por sus ventajas fiscales, secretismo, opacidad y que tan mala prensa han cosechado especialmente en los duros momentos de la crisis que aún persiste. En esta ocasión se solicitó nada menos que a la una relación de empresas situadas en el extranjero, su denominación, actividad jurisdicción a la AEAT (Agencia Estatal de Administración Tributaria).

Así, la sentencia nº 145/ 2016 del Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 5 estima la protección de la información de las personas jurídicas tributantes por el deber de confidencialidad, prudencia y salvaguarda de datos además indica “que el derecho de acceso no es un derecho absoluto ni preferente a otros” , que “ha de adaptarse a cada caso pues este derecho tiene límites” y que “además de los recogidos en la LTBG y en la CE hay otros específicos como los que indica la Disposición adicional primera” de la LTBG. Esta Disposición recoge las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública indicando que “2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”. En este sentido existe una norma específica tributaria a atender, el art. 95 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, vigente hasta el 01 de Enero de 2017 la cual se refiere al carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria.

Tras estas controversias se finaliza con la cuestión de transparencia relacionada con Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, donde se encuentran dos pronunciamientos. Esto parece indicar una cierta reticencia de la que se hablaba a la hora de facilitar información y que con la nueva legislación ha de ir cambiando desde en los procesos selectivos hasta en la concesión de méritos para reducir al máximo la discrecionalidad, que en opinión del que escribe, da lugar a la oportunidad y mala praxis. Qué duda cabe de que esta es una cuestión positiva que da otro plus a la LTBG, la iluminación en los procesos selectivos que tantas veces ha sido refugio ideal para sucios enchufismos y nepotismos que ha creado organismos endogámicos con implantación de redes tendentes a perpetuarse que desde ahora tendrán más difícil sus desarrollos.

El primero de los pronunciamientos de transparencia en procesos selectivos y de oposición es la sentencia nº 159/2016 del Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 10. En el procedimiento el opositor candidato a Guardia Civil solicitó al Tribunal Evaluador *”...todos los documentos asociados a su prueba de entrevista personal y la revisión de la misma (entre otros, resultados del test de personalidad, biodata, desarrollo de la entrevista, valoración, etc.); copia de los acuerdos del Tribunal de Selección por los que se determinan los criterios a valorar en la prueba de entrevista personal y los requisitos para superarlos, criterios del test de personalidad y guión semiestructurado correspondiente a la entrevista personal...”*. El Tribunal admite la solicitud, y ofrece al opositor solamente el manual por el que se rigen las entrevistas, con lo que de la lista de documentos solicitada concisa y detalladamente, solo se ofrece un manual de escaso valor controvertido al interés del usuario solicitante y administrado al fin y al cabo. Así han funcionado muchas oposiciones y estas tomaduras de pelo en respuestas se han podido suceder hasta la aparición de las nuevas garantías.

Una de las garantías es el art. 18 b) de la ley respecto al concepto de información pública *“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”*. Así se entiende que las notas internas y documentos asociados a la fase de entrevista en la oposición son

informaciones de carácter público y por ello solicitable. El juzgador da la razón al opositor y obliga a los responsables de procesos selectivos de la Guardia Civil a facilitar todos y cada uno de los documentos solicitados. Se vuelve a recurrir esta resolución pero de nuevo vuelve a ser la razón y del opositor y obligada de cumplimiento la resolución del CTBG.

El segundo pronunciamiento es respecto a la concesión de una condecoración de la Policía Nacional con distintivo rojo. Una administrada afectada por el incumplimiento de una resolución del CTBG que obligaba a facilitar información por parte de los miembros responsables de la concesión de condecoraciones de la Policía Nacional sobre los méritos del resto de candidatos, procedimiento y todos los aspectos que a la cuestión aborda. El Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 10 en la sentencia nº 162/2016 resuelve que ha de ofrecerse toda esta información a la funcionaria del Cuerpo Nacional de Policía, aunque la sentencia no es firme todo parece indicar que volvería a repetirse el mismo balance y se acabe por ofrecer todo lo pertinente no solo a la concesión de la Orden al Mérito Policial con distintivo rojo, sino a todos los ámbitos.

La real virtud de la LTBG puede darse no solo en los factores de cambio que ha implementado por su aprobación, sino las mejoras que pueda establecer por medio de las resoluciones judiciales que han aplicado sus premisas. De esta forma si se establecen medidas de transparencia y acceso a la información en los procesos selectivos, en la concesión de méritos, en la oferta de información por empresas públicas y se interpretan correctamente las normas se llega a una transversalidad de estos valores que supondrían una consolidación de esta nueva forma de hacer las cosas y que en base a las resoluciones expuestas se aprecia, no deja de estar en plena evolución.

III.3.2. Resoluciones administrativas en el seno del Congreso de los Diputados

En el presente epígrafe se analizarán las recientes resoluciones administrativas en transparencia en las máximas instancias de la representación de la nación, si bien nos

centraremos en las de la Cámara Baja por ser centro evidente actividad parlamentaria.²⁶⁸ La publicación de la LTBG supuso un auténtico cambio de entender el funcionamiento de las instituciones públicas en España, también las parlamentarias por supuesto por su integración sine qua non en el ámbito subjetivo de la LTBG en virtud de su art. 2.1.f). La última de las TE añadidas en este sector, por citar algunas, además de la creación del Portal de Transparencia en cada Cámara²⁶⁹ es el cambio de Régimen económico y ayudas de los señores Diputados²⁷⁰ por el que se suprime el viático, es decir, la dieta de 150 € diarios en concepto de viajes de trabajo en el extranjero y 120 € en territorio nacional (Un total de 120.000 €/mes entre ambas Cámaras²⁷¹, 50.000 €/año/parlamentario aprox.) en sustitución de un sistema transparente en el que se solo y exclusivamente se abonarán los gastos por desplazamiento “*efectivamente producidos y debidamente justificados*”.

Por su parte, la Disposición adicional octava de la LTBG, la cual reza que “*El Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las*

²⁶⁸ Aunque se centra el presente contenido en las resoluciones sobre peticiones de acceso a información del Congreso (Disponible en la sección de acceso a la información de la sede web del Congreso: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Transparencia/InfCiud>) ha de señalarse que el Senado posee de la misma manera una estructura abierta en términos de transparencia y sobre todo en acceso a la información pública. En atención a lo dispuesto en el art. 3 de la Norma de derecho de acceso a la información pública del Senado son objeto de publicación obligatoria todas las resoluciones aunque en el sitio web de la Cámara solo figura un breve resumen de las que se consideran las más destacadas resoluciones. Disponible en: <http://www.senado.es/web/relacionesciudadanos/atencionciudadano/oficinadeinformacion/consultasresoluciones/index.html>, (Consultado el 30/01/2017).

²⁶⁹ Portal de Transparencia del Congreso de los Diputados disponible en: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Transparencia>

Sección de relación con los ciudadanos y de transparencia del Senado disponible en: <http://www.senado.es/web/relacionesciudadanos/transparencia/index.html>

²⁷⁰ Aprobado por unanimidad en reunión de la Mesa del Congreso de los Diputados en acuerdo con la del Senado y presidida por Ana Pastor (PP) el 11/01/2017 y publicado en el Portal de la Transparencia del Congreso el día 27/01/2017. Texto disponible en: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/RegEcoyProtSoc/regimen_economico_diputados.pdf

²⁷¹ Diario ABC 27/08/2016.

Comunidades Autónomas regularán en sus respectivos reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones de esta Ley” determinó que en cada una de las cámaras representativas de la voluntad del pueblo español se aplicaren sus normas al respecto.

Así pues, en el Congreso de los Diputados la regulación aprobada conforme a lo establecido la constituyen las “*Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo*” de 20 de enero de 2015 y en la Cámara Alta la “*Norma reguladora del derecho de acceso a la información pública del Senado, aprobada por la Mesa del Senado*” aprobada en su reunión del día 2 de diciembre de 2014 y también las “*Normas de acceso externo a las unidades documentales del Senado*”, aprobadas por la Mesa de la Cámara del día 3 de mayo de 2012.

Respecto a las resoluciones finales del Congreso de los Diputados, auténtica casa del Poder Legislativo del Estado, representación de los españoles y control de la actividad del Gobierno, ha de señalarse su marco legal en el art. 17²⁷² NCT, la cual se dedica al régimen de impugnaciones con el rubricado “*Recurso ante la Mesa del Congreso de los Diputados*” de las resoluciones de la Secretaría General que habilita el procedimiento. Ha de señalarse positivo el estipular un silencio administrativo negativo a los 30 días de la solicitud dada la conocida picaresca que en estos casos podría suponer uno positivo. En la NCT se legislo otorgar recurribilidad jurisdiccional directa a

²⁷² Artículo que dispone: “1. Frente a toda resolución expresa del Secretario General en materia de acceso a la información sobre la actividad del Congreso sujeta a Derecho Administrativo podrá interponerse recurso ante la Mesa del Congreso de los Diputados. 2. El recurso ante la Mesa, si la resolución fuera expresa, se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses a partir del día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. 3. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, el recurso se entenderá desestimado. 4. Las resoluciones se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, en la web del Congreso de los Diputados, en los términos que establezca la Mesa de la Cámara”.

las resoluciones de la Mesa del Congreso de la misma manera que ocurre con las resoluciones administrativas del CTBG, lo cual acelera el procedimiento, acortando las esperas, otro elemento positivo a valorar, pues de volver a repetirse la valoración en el CTBG se valoraría *bis in idem* administrativamente.

Las siguientes decisiones suponen la respuesta administrativa final a las demandas de información parlamentaria variada a través de los cauces dispuestos bien en el PTBG o del Portal de Transparencia del Congreso. El primero de los dictámenes de la Mesa del Congreso de los Diputados (con fecha de 7 de julio de 2015) es relativo a la solicitud de información de un ciudadano acerca de la actividad de la Comisión para la técnica legislativa sobre Reglamento del Congreso de los Diputados en la VIII Legislatura (2004-2008). Dicho ciudadano solicitaba *“Todos los documentos recibidos por... la Comisión sobre dicho tema. Todos los documentos elaborados... o la Comisión sobre dicho tema”* a lo que la Secretaría General de la Cámara respondió no poder acceder a dicha petición dado que el objeto solicitado se encontraba fuera del ámbito de aplicación material y temporal de las normas que lo regulan.

Aunque el solicitante protesta sorprendido por ser discordante lo establecido en lo material-temporal la LTBG y las Normas de transparencia del Congreso y solicita su anulación, en instancias de la Mesa de la Cámara se aclara que cada uno de los órganos citados en la Disposición adicional octava cuenta con plena autonomía respecto al modo en que decide hacerlo, de modo que es perfectamente posible la existencia de regulaciones distintas, todas ellas legítimas. Se entiende que lo que se solicita no se ajusta a la exigencia del art. 2.1.f) LTBG *“... Congreso de los Diputados....en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”* pues esta petición no abarca a documentos administrativos sino parlamentarios, y estos están excluidos en base al art. 2 NCT.

Si bien las deliberaciones de muchas comisiones hacen honor al principio de publicidad en diversos medios técnicos y en mismas actas, lo que se solicita es los documentos de trabajo, que es lo que se consideran documentos parlamentarios en este caso y que deberían de ser materia de solicitud, pues si en términos democráticos y de transparencia los documentos públicos del Parlamento no son accesibles, no tiene

sentido que lo sea en otros lugares. Por entenderse que existen límites matizables a esta consideración se sugiere necesario en este sentido emitir un criterio de ponderación anexo a la NCT para dar mayor claridad a los materiales ámbitos administrativos/parlamentarios y sus “subámbitos” susceptibles de solicitud.

Al hilo, el 28 de junio de 2016 se adoptó la Resolución 2016/23 de la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso respecto a la solicitud del informe de Secretaría General sobre el caso AMAIUR por el que se denegó la constitución de un Grupo Parlamentario propio. La Mesa vuelve a ampararse en el socorrido art. 2 NCT sobre la sujeción al Derecho Administrativo por la “*doble y especial*” naturaleza administrativa y parlamentaria del órgano. En una visión detenida de la LT, cuando define el ámbito de su aplicación a la Cámara, se ve que se refiere solo y únicamente a la naturaleza de la actividad. que necesariamente ha de ser administrativa, a juicio de uno, esta es una gran contradicción o problemática poco trabajada. Se observa que la negativa basada en la parlamentariedad de lo solicitado en esta resolución se viene repitiendo en un sinnúmero de solicitudes (núm. 2015/23, 2015/27, 2016/43, 2016/47²⁷³, 2016/59) por lo que el acotar hasta qué punto lo sujeto a Derecho Constitucional y Parlamentario es accesible, que por supuesto debería ser mucho más amplio.

La resolución de 29 de diciembre de 2015 por su parte, puso fin a una solicitud a la Dirección de Comunicación de las 500 páginas web más visitadas por los titulares de los escaños del hemiciclo con indicación de número de visitas y anonimizando datos personales. La Secretaría General estima imposible separar URL’s de diputados de los invitados, periodistas etc. La mesa contesta al recurso siguiendo la ponderación de los límites del art. 14 y 15 LTBG que la AEPD y el CTBG establecieron en el criterio que en otro epígrafe se estudia. Tras aplicar el criterio 3º del mismo y valorar si tales datos que se piden son o no “*meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano*” a lo que deducen no ser meramente identificativos.

²⁷³ Véase los fundamentos de la resolución de 28 de junio de 2016 respecto a la solicitud de informe sobre la capacidad legislativa del parlamento cuando el Gobierno se encuentra en funciones. Disponible en: http://www.congreso.es/docu/transp/recursos/Resol_2016_047.pdf

Amparándose el fundamento de la resolución en el art. 3 LOPD, la jurisprudencia del TSJC, y del TEDH, no puede tratarse material informático personal del trabajador si previamente no se ha advertido que puede ser materia de consulta por infringir el derecho constitucional de intimidad (*“principio de expectativa razonable de intimidad”*), amparándose en el ámbito de aplicación objetiva de publicidad activa (art. 8 LTBG) y el criterio interpretativo CI/007/2015, de 12 de noviembre de 2015 marcado por el CTBG pretende denegar la información solicitada. No obstante parece preferir la Mesa no pillarse los dedos en futuras instancias y alude a la denegación por la *“reelaboración”* que supone la contestación [art. 10 NCT y 18.1.c) LTBG] como causa de la negativa.

Se entiende ético y probo que un representante del pueblo utilice la red pública que se le ofrece para consultas propias de su actividad. Así, parlamentos europeos ofrecen la información estadística minuciosa y detallada como la que se solicita en esta resolución como es el caso británico de Westminsteren, pues consideran esa información pública por nacer de un servicio público, sin embargo la Mesa apela a su Reglamento citando que en *“el caso del Congreso no cabe considerar que el uso de sus redes sea un servicio público de su competencia”*. Por estas razones se acaba denegando tal información que por lo que, a nuestro juicio, solo podría lograrse en una forma simple emitiendo la advertencia de que sobre las búsquedas en esta red se podrán elaborar informes o en una forma compleja modificando el alcance de la NCT y el Reglamento que no prevé el amplio espacio de trabajo que ocupa en nuestros días las TIC´s y así asemejarlo al modelo británico.

Con fecha 28 de junio de 2016, la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados resolvió la solicitud 2016/26 sobre el uso de la tarjeta taxi. Volvemos a toparnos con un juicio de ponderación ejercido por la Comisión de Acceso a la Información del Congreso que llega al paso 3º del Criterio CI/002/2015 sobre *“El nombre y apellidos de cada uno de los diputados usuarios de las tarjetas de taxi es únicamente identificativo”* pero aunque no comparte que solo sea identificativo reconoce que las tarjetas se pagan con dinero público que recuerda y contradice con lo

expresado en la resolución²⁷⁴ que hablaba del *leit motiv* de la LTBG sobre conocer la gestión de recursos públicos. Finalmente, como la mayoría de solicitudes de información al Congreso, acaba desestimándose motivadamente.

Resulta llamativa la interpretación del art. 14.3 LTBG en el sentido en el que lo hace la Comisión de Acceso del Congreso que elimina de forma generalizada y sin distinciones cualquier dato de los de carácter personal. Esto elevaría en cualquier situación, sin distinciones, el derecho a la intimidad por encima del de acceso a la información pública siempre que ambos colisionaran. Ni la LTBG ni los criterios interpretativos conjuntos de la AEPD y del CTBG afirman que el derecho a la intimidad prevalezca siempre frente al del acceso a la información pública.

En la misma línea, con fecha 28 de junio de 2016, la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados resuelve la solicitud con nº referencia 2016/28 referente a ipad, adsl y teléfono, 2016/29 del mismo día referente a la contratación de personal de confianza y la 2016/30 del mismo día referente a los asistentes al servicio de cada diputado aludiendo a la identificación directa a la intimidad de las personas que son los diputados a pesar de ejercer una actividad pública con recursos públicos.

En definitiva y a la vista de lo expuesto podemos plantear dos conclusiones. La primera que la mayoría de las resoluciones son desestimatorias o que facilitan la información que estiman oportuna. La segunda sería que esta desestimación se clasifica siempre en dos fundamentos: el carácter no administrativo de lo solicitado por ser parlamentario (verdadero nicho de información pública) o el resultado negativo de la ponderación del criterio CI/002/2015 por “*no constituir un dato meramente identificativo relacionado con la organización, funcionamiento o actividad pública de la Cámara*”. Finalmente puede llegarse a la conclusión de que el ordenamiento prima el derecho a la intimidad sobre el de acceso, no solo por otorgarle carácter de derecho

²⁷⁴ Fundamento arrojado por la resolución administrativa de la Mesa del Congreso de los Diputados de día 29 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.congreso.es/docu/transp/recursos/Comunicacion_acuerdo_M_A_G.pdf , p. 11.

fundamental sino por la odisea o periplo que ha de atravesar una información pública para ser entregada (en todo caso superar las reglas de la NCT, el art. 3 LOPD, el criterio completo y someterse a los límites del art. 14 LTBG y, ya en su caso, esperar resolución administrativa o/y judicial).

CAPÍTULO IV: EL DERECHO FUNDAMENTAL EMERGENTE DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: SITUACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y MAINSTREAMING

Más allá del análisis de la LTBG, la exégesis de derecho comparado y el resto de medidas de Transparencia de Estado que se estudian en otras secciones de la presente en defensa del acceso como derecho iusfundamental, este epígrafe desgranará en primer lugar una aproximación, un análisis y las expectativas de la transparencia y el acceso a la información desde una perspectiva teórica como la de ALEXY²⁷⁵ y desde el origen a lo específico para a continuación recoger el fenómeno mainstreaming global, su influencia en las ciencias jurídicas y específicamente en derechos fundamentales de nueva generación en las constituciones como la nuestra.

Cuando nos referimos a la ubicación pro derecho fundamental hemos de diferenciarla de la referente a los derechos humanos. Como vimos en el capítulo de derecho comparado, existían múltiples disposiciones que alineaban el derecho de acceso como humano, teniendo estos derechos (Declaración de la ONU de 1948) como aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes imprescindibles de dignidad o básicos que tiene toda persona física por el simple hecho de serlo. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad y no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente, por lo que se consideran fuente del Derecho, derecho natural. Por su parte hemos de tener los fundamentales como aquellos derechos que un Estado otorga a sus ciudadanos por medio de la Ley de leyes y que gozan de la protección jurídica suprema

²⁷⁵ En la teoría de los derechos fundamentales ALEXY apunta a la distinción de tres dimensiones de la dogmática jurídica en el estudio, entendiendo esta como intento de dar respuesta a problemas (p.32). Extrayendo durante el estudio elementos de normas positivas y de doctrina, las dimensiones del estudio serían la analítica (“*Análisis de los conceptos fundamentales hasta la investigación de la estructura jurídica y de la fundamentación sobre la base de los derechos fundamentales*”) la dimensión empírica (“*en donde quien quiera formular enunciados empíricos tiene que interpretarlos a la luz de suposiciones que son las que hacen que estos hechos sean fuentes de derecho*”) y la dimensión normativa (“*orientación y crítica de la praxis jurídica*”). ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 28-29.

ante la judicatura de dicho Estado. Por consiguiente podrían ser exigidos por cualquiera que sienta que éstos han sido vulnerados ante cualquier Juez o Tribunal.

En primer lugar, como concepto lingüístico la transparencia nos ofrece un significado aparentemente sencillo y cotidiano, no podemos decir lo mismo de la transparencia como concepto aplicado a las ciencias sociales y jurídicas en su amplia extensión. La idea o percepción humana de transparencia seguramente ha existido desde que hubo apariencia de translucidez, pero no fue hasta la Edad Media cuando se instala en nuestro vocabulario la palabra como tal. En el latín medieval encontramos su etimología en los extractos “*transparens*” y “*transparere*”, que significaba “*aparecer a través de*” y a lo largo de los años hemos ido añadiendo acepciones tal como aparece en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, llegando a ser hasta 6 las acepciones de algo que es transparente y 3 para el vocablo “*transparencia*”²⁷⁶.

²⁷⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

“*Transparencia o trasparenca:*

1. *f. Cualidad de transparente.*
2. *f. Lámina transparente que contiene dibujos o textos y a la que se pueden añadir datos durante su proyección.*
3. *f. Cinem. Proyección sobre una pantalla transparente de imágenes móviles filmadas con antelación, que sirve de fondo a una acción real.”*

“*Transparente o trasparente:*

1. *adj. Dicho de un cuerpo: Que permite ver los objetos con nitidez a través de él.*
2. *adj. Dicho de un cuerpo: traslúcido.*
3. *adj. Que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse.*
4. *adj. Claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad.*
5. *m. Especie de cortina de tela fina, papel u otro material, que se pone delante del hueco de una ventana o balcón para templar la luz, o ante una luz artificial para mitigar su intensidad.*
6. *m. Ventana de cristales que ilumina y adorna el fondo de un altar. córnea transparente.”*

Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=aMQJNiA> (Acceso 1 de junio de 2016).

A partir de aquí se extiende el vocablo apareciendo una amplia y rica vorágine de interpretaciones y acepciones que vamos a extraer y analizar en función del entorno geográfico o del espacio jurídico al que nos refiramos, desde la transparencia fiscal, administrativa o tributaria a la transparencia en las instituciones españolas y el acceso a la información el cual es nuestro destino

Transparencia o trasparencia es la percepción de los propósitos o intenciones ajenas aun sin declararlas el interesado; ya por sus actos por sus expresiones descuidadas o torpes o por sus antecedentes. La noción de transparencia incluye y supera el acceso a la información. Es así como la organización Transparencia Internacional señala que *“es el principio que permite que quienes son afectados por determinadas decisiones puedan conocer no sólo los hechos y las cifras, sino también los mecanismos y procesos de las políticas públicas”*. Para un servidor la transparencia, sin embargo, no es más que una consecuencia, un resultado, el fruto de la aplicación de una serie de medidas tendentes a lograr la aplicación del principio de publicidad activa y pasiva en un Estado.

Por otro lado transparencia de las instituciones públicas en derecho administrativo se define como la manifestación del principio democrático de publicidad de todos los poderes públicos. Frente al secreto como instrumento de poder y de opresión del Estado absoluto, la transparencia es un presupuesto ineludible para hacer posible que todos los poderes emanen del pueblo. Y, sin embargo, ni la Constitución Española ni las Constituciones de los países democráticos occidentales proclaman en términos absolutos la transparencia de los poderes públicos ni en concreto de sus Administraciones Públicas. La Constitución Española solo garantiza la *“publicidad de normas”* (art 9.2) y *“el acceso de los ciudadanos a los archivos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”*(art. 105.b) la razón de ello puede deberse a que gran parte de lo que las administraciones publicas conocen y acumulan en sus registros y archivos son informaciones que proceden de los ciudadanos, cuya difusión o comunicación a otras personas podría lesionar sus derechos o intereses legítimos. Por tanto en primer lugar el secreto de las Administraciones Publicas protegen en gran medida, el legítimo secreto de daros personales, profesionales, mercantiles e industriales de los ciudadanos,

Además, la adopción de medidas administrativas exige una previa reserva no solo para su ulterior eficacia, sino también para evitar que trasciendan las vacilaciones inevitables que el análisis de alternativas produce, con el daño que ello causa a los posibles afectados. De ahí que la transparencia de la Administración tenga que ceder cuando *“prevalezcan razones de interés público, intereses de terceros más dignos de protección o lo que disponga una ley”*, siempre, claro es, que la decisión se adopte motivadamente (art. 34.4 LRJPAC). Pero fuera de estos supuestos en los que las limitaciones están justificadas por la protección de intereses que constitucionalmente deben ser amparados, en todo lo demás rige el principio de transparencia administrativa en su plenitud, no solo en las relaciones con los ciudadanos, sino también en las relaciones interadministrativas.

Por lo tanto, aunque el principio de transparencia (o de publicidad) según la forma de expresarlo) no aparezca enunciado explícitamente entre los principios que deben regir las Administraciones Públicas (art. 103.1 CE, art. 3.1 LRJPA) es, sin embargo, un principio implícito en el Estado democrático de Derecho (art.1 CE) y una exigencia para la realización de otros postulados constitucionales (interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, tutela judicial de derechos e intereses, eficacia de la acción administrativa). La publicidad de las normas administrativas, la clara delimitación de las tareas administrativas, su pública asignación a los órganos competentes para realizarlas y el nombramiento público de titulares de los órganos, la información a los ciudadanos la información entre Administraciones Públicas, la vista de los expedientes y el acceso a los registros y archivos administrativos son manifestaciones del principio de transparencia administrativa recogidas en la nueva LRJPAC.

Los supuestos enunciados no agotan, claro es, el campo de la publicidad de la acción administrativa. Aspectos muy importantes estaban ya regulados por otras normas, generales o sectoriales (contratación pública, acceso a la función pública, planificación, actividad privada sujeta a control administrativo) pero aquí procede exponer, únicamente, aquellos regulados en la extinta LRJPAC. La publicidad de las normas garantizada por el art. 9.3 CE alcanza también a las disposiciones administrativas que, para producir efectos, habrán de publicarse en el diario oficial que

corresponda (art.52.1 LRJPAC). Además está prevista la posible publicación de la relación de procedimientos en que falta la resolución expresa produzca efectos estimatorios y de aquellos en que los produce desestimatorios (art. 43.55 LRJPAC). Las “*instrucciones y ordenes de servicio*” no se publican como regla general, pero la misma Ley prevé su publicación si una disposición específica así lo establece o si se estima conveniente por razón de los destinatarios de los efectos que puedan producirse (art 21.1 LRJPAC); también se publicarán las instrucciones y respuestas a consultas, planteadas por particulares u otros órganos administrativos, que comporten una interpretación de derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración (art. 37.10). Este último supuesto constituye una novedad especialmente importante para hacer efectiva la transparencia administrativa la lucha contra la arbitrariedad de los poderes públicos.

La transparencia administrativa comienza con la clara delimitación de las tareas que tiene asignadas, no solo para asegurar la coordinación y eficacia global del sistema administrativo, sino también para permitir a los ciudadanos exigir su realización y, en su caso, la responsabilidad por su incumplimiento. La determinación de las tareas públicas procede de la Constitución, que las enuncia, primero, en términos muy amplios (preámbulo, art.9, Título primero CE etc.) y después las distribuye entre el Estado y las Comunidades Autónomas y las Entidades locales. Las leyes sectoriales concretan los objetivos a alcanzar y las tareas a realizar para lograrlos. Del ordenamiento jurídico, pues, procede una primera y básica configuración de la Administración que debe ser racional y que es transparente en cuanto que necesariamente son públicas las normas que regulan esta (art.103.1 y 106 CE y art. 3 LRJPAC. “...*alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico*”).

El principio de transparencia que se verá más adelante, exige también la pública determinación de los órganos que en cada Administración tienen atribuida la realización de sus tareas, de manera que quede definida su forma de integración en la Administración de que se trate, su dependencia jerárquica, la delimitación de sus funciones y competencias y los créditos necesarios para su funcionamiento (art. 11 LRJPAC). Una vez creado un órgano con su correspondiente competencia, ésta es irrenunciable y se ejercerá precisamente por quien la tiene atribuida (art. 11 LRJPAC).

No cabe, pues, alteración secreta de competencias. El principio de transparencia exige que incluso las alteraciones más o menos ocasionales sean públicas (la delegación de competencias y su revocación, art. 13.3 LRJPAC) y que también lo sean las nuevas encomiendas de gestión de actividades de carácter material, técnico o de servicios (art. 15.3 LRJPA). La LRJPA exige no solo la pública delimitación de los órganos competentes, sino también la de las personas titulares de los mismos, y, más concretamente, la de los responsables de cada procedimiento (art. 41 LRJPAC), cuyo nombre debe facilitarse al ciudadano que lo requiera [art. 35.b) LRJPAC].

Además, la LRJPAC ha reforzado la transparencia administrativa al reconocer a los ciudadanos en general el derecho “*a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos o actuaciones o solicitudes que se propongan realizar*” [art 35.g) LRJPAC]. Este derecho, no reconocido en su formulación expresa en muchos países de nuestro entorno, constituyen un muy importante avance de la transparencia administrativa, aunque también una notable carga para los servicios de la Administración que deban proporcionar esa información. La transparencia de la Administración Pública se extiende también a los registros y archivos administrativos [art. 105.b) CE]. La LRJPAC ha regulado por primera vez este derecho en su art. 35.²⁷⁷

Si hablamos de transparencia fiscal dentro del ámbito del derecho financiero y tributario diremos que la transparencia fiscal es un régimen tributario por el que la renta obtenida por una sociedad en transparencia se imputa a sus socios residentes en territorio español según su participación social, integrándose el resultado imputado de la sociedad actual en transparencia en la renta de cada socio individual para su tributación en el Impuesto sobre la renta de las personas físicas, o, en su caso, en el de Sociedades.

Hablamos de transparencia societaria Sociedades cuando nos referimos a las del art. 52 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y que considera así a: 1) Las sociedades patrimoniales, o sea, aquellas en que

²⁷⁷ BERMEJO VERA, J., “El secreto de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 57, 1988, pp. 19 y ss.

más de la mitad de su activo esté constituido por valores mobiliarios o por cualquier otra clase de bienes patrimoniales (inmuebles, objetos artísticos, etcétera), siempre que en ellas concorra durante más de treinta días del ejercicio social alguna de las siguientes circunstancias: a) que más del 50% pertenezca a un grupo familiar; b) que más del 50% del capital social pertenezca a 10 o menos socios. 2) Las sociedades profesionales, es decir, las dedicadas al ejercicio de una actividad. 3) Las sociedades dedicadas a actuaciones artísticas o deportivas de personas físicas o de cualquier otra actividad relacionada con artistas y deportistas cuando entre estos y sus familiares hasta el cuarto grado inclusive tengan derecho a participar en, al menos, el 25% de los beneficios de aquellas.

Por último, existe esta acepción aplicado a las sociedades transparentes, las cuales tienen la ventaja de que no tributan por el Impuesto sobre Sociedades. Esta primera característica se erige en clave del arco de todo su régimen jurídico ya que, en rigor, la transparencia fiscal constituye un mecanismo de configuración del hecho imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, o en su caso, del de sociedades, en virtud de la cual es el socio el que en realidad obtiene la renta en sentido jurídico, y por tanto queda obligado al pago del impuesto. Bien entendido que la transparencia fiscal no supone un desconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad transparente, cosa, por otra parte, conceptualmente imposible, ya que la personalidad jurídica es un concepto propio de la teoría general del derecho, y como tal tiene un significado unívoco en todos los sectores del ordenamiento, sin que pueda afirmarse especialidad alguna en el campo tributario. Y prueba de ello es que la sociedad transparente que tenga su seno algún socio no residente en territorio español, como se expondrá en otro apartado, tributaría por el impuesto sobre sociedades por la parte proporcional de los beneficios correspondientes a ese socio. Siendo esta la panorámica general de la transparencia, se inicia ahora lo propio sobre derecho de acceso como parte (pasiva) de la transparencia, límites y fundamentación.

IV.1. Derecho de acceso a la información y principios: Conexión e influencia europea

Como parte de la argumentación iusfundamental es necesaria esta sección en la que se tratarán los principios que se relacionan con el derecho de acceso y que le dan origen en su mayoría, algunos de ellos también correspondientes a la transparencia, la cual se ha desarrollado con anterioridad. En primer lugar se ha de comenzar con la conexión del derecho de acceso con la transparencia como principio, en la fase anterior de la tesis analizada y que refuerza el principio de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales²⁷⁸.

La CE ha sido receptiva con la transparencia como principio desde el art. 2 del acta de adhesión española a la UE, en particular, con motivo de la ordenación comunitaria del derecho de acceso relativo a la protección del medioambiental en el que se reconoce su existencia. Desde la descripción comunitaria²⁷⁹, el principio de transparencia se refiere a la apertura y flujo de información de las organizaciones políticas y burocráticas al dominio público lo que la hace accesible a todos los interesados, permitiendo su revisión y análisis, y incluyendo cuestiones como la publicación de cuentas y presupuestos auditados, estadística, etc.

Autores como PARADA conciben la transparencia como el principio por el que se debe gestionar o administrar públicamente, es decir, a la vista del público²⁸⁰ pero sin mención al acceso aunque se ve implícito. La conexión con el acceso reside en que el principio de transparencia constituye la dimensión objetiva del derecho de acceso a los

²⁷⁸ GUICHOT, E., “El nuevo derecho Europeo de acceso a la información pública”, *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 160, Madrid, 2003, p. 297.

²⁷⁹ El término que el portal europeo ofrece de transparencia en su glosario es un término “*remite a la apertura de las instituciones comunitarias y a la claridad de su funcionamiento. Guarda relación con las reclamaciones de los ciudadanos relativas a un mayor acceso a la información y a los documentos de la Unión y una mayor participación en la toma de decisiones que propiciaría un sentimiento de proximidad con la Unión*”. Disponible en: http://europa.eu/scadplus/glossary/index_es.htm

²⁸⁰ PARADA, R., *Derecho administrativo I, Parte general*, Decimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 226.

documentos administrativos como principio objetivo del funcionamiento de la Administración Pública²⁸¹. Esta conexión tiene una doble vertiente, ofrecer una mayor facilidad de acceso a la información plasmada en la documentación y por otra, se pretende una mayor inteligibilidad de los procesos de toma de decisiones²⁸².

Finalmente puede afirmarse que *“el término más amplio y flexible de transparencia pública incluye tanto el acceso a la información pública, cuanto otras querencias variadas inspiradas por un mismo principio: evitar el alejamiento de la Administración por opacidad, mostrar la apertura de la Administración a sus ciudadanos. A partir de estos principios de la transparencia pública se deriva la exigencia de claridad en el lenguaje tanto administrativo como normativo e, incluso, la construcción arquitectónica de los espacios administrativos en aras de la proximidad, transparencia y apertura física con el ciudadano administrado”*²⁸³.

En segundo lugar, ha de conectarse el derecho de acceso con otro de los principios tratados a lo largo y ancho de la tesis, el principio de publicidad, el cual implica dar a conocer, poner al alcance de los gobernados por todos los mecanismos que sean posibles, las razones o criterios que se tuvieron en cuenta para la toma de decisiones de cualquier rango público. Por este principio se extrae que cada órgano de gobierno debe ofrecer la información que generen o que tengan en sus manos según su propia naturaleza.

La publicidad en la toma de decisiones no es cosa menor, las instituciones comunitarias le conceden una importancia especial desde la Recomendación de fecha 21

²⁸¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, Núm. 105, México, 2002, p. 882.

²⁸² MATEO MACIÁ, M., *El derecho a la información en el ordenamiento jurídico europeo*, Derecho de la Información, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 102.

²⁸³ COTINO HUESO, L., *Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. De “valor en alza” a derecho*, en FERNÁNDEZ SOLA, N., Cuartas Jornadas Internacionales sobre “Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, celebrada los días 7 y 8 de noviembre de 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Disponible en: http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/cotinohueso11.doc. p. 5.

de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial, la cual señalaba que “*las autoridades públicas deberían esforzarse en desplegar una política de información activa, con el objetivo de poner a disposición del público cualquier información que juzguen útil en una sociedad democrática y transparente. Al respecto, se recomienda que la autoridad pública, por su propia iniciativa y cuando fuera apropiado, adopte las medidas necesarias para hacer pública información en su poder cuando su difusión sea de interés para promover la transparencia de la Administración pública y la eficiencia dentro de las Administraciones o cuando pueda animar la participación informada del público en asuntos de interés público*”²⁸⁴. La publicidad de las actividades conlleva por tanto la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de acceso a la información pública y ser parte de la opinión pública interesada en los asuntos públicos. En el caso de la UE, hacer pública la información que genera cada institución comunitaria debe presentarse de una forma que haga efectivo, eficaz y eficiente que el ciudadano ha de disponer de la información referente a los asuntos que le atañen.

En tercer lugar hemos de referirnos a las conexiones con el principio democrático. Este principio es determinante en muchos aspectos, desde la forma que adopte un Estado, hasta en la legitimidad y organización de los órganos de gobierno por lo que es un elemento esencial de un país. El principio democrático como base del derecho de acceso a la información surge en la sentencia nº C-58/94, Reino de los Países Bajos contra Consejo, de fecha 30 de abril de 1996²⁸⁵. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las entonces denominadas Comunidades Europeas en la sentencia antes referida, el Juez comunitario consideró en su párrafo 18º que el derecho de acceso reconocido a favor de los ciudadanos estaba conectado con el principio democrático. Así pues, el principio de la transparencia del proceso legislativo y el acceso a los documentos legislativos que lleva aparejado el principio democrático

²⁸⁴ GUICHOT, E., “El nuevo derecho Europeo de acceso a la información pública”, *Revista de Administración Pública*, Editores Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 160, Madrid, 2003, p. 288.

²⁸⁵ GUICHOT, E., “El nuevo derecho Europeo de acceso a la información pública”, *Revista de Administración Pública*, Editores Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 160, Madrid, 2003, p. 293.

constituyen condiciones esenciales para la democracia, que no pueden tratarse como cuestiones de organización aisladas internamente en la Administración.

Además, en las resoluciones de los asuntos nº T-309/97, Bavarian Lager contra Comisión, de 14 de octubre de 1999, apartado 36 y nº T-211/00, Aldo Kuijer contra Consejo, de 7 de febrero de 2002, apartado 52, puede apreciarse con nitidez que el objetivo del derecho de acceso a la información es descifrar el principio que pretende por un acceso de los ciudadanos lo más completo posible, a fin de consolidar el carácter democrático de las instituciones europeas y la confianza pública en la Administración. Por lo tanto, las condiciones esenciales de la democracia y la confianza de los ciudadanos en sus instituciones sólo pueden ser posibles si partimos de la publicidad de la información que producen las instituciones de la UE, es decir, implica que la información es imprescindible para que la opinión pública tenga conocimiento de los hechos y de los actos, y pueda influir positivamente en los procesos de toma de decisiones.

Así expuesto el principio democrático, ha de añadirse que éste implica la publicidad y transparencia en la información como requisito sine qua non. Por eso se afirma que, *“el reconocimiento del derecho de acceso en el Derecho comunitario se ha vinculado con el principio de democracia, y sus exigencias de participación y control de los ciudadanos en los asuntos públicos”*²⁸⁶. Para buscar una completa responsabilidad compartida de gobierno existen muchas referencias donde las instituciones europeas han dado fe de su compromiso con estos principios que deben ser tenidos en cuenta para abrir el proceso de toma de decisión. El libro blanco que aborda la Gobernanza Europea²⁸⁷, es una de esas referencias que dotan de contenido a los principios que dan vida al derecho de acceso a la información pública en la UE. El principal objetivo del libro es abrir el proceso de elaboración de las políticas europeas,

²⁸⁶ GUICHOT, E., “El nuevo derecho Europeo de acceso a la información pública”, *Revista de Administración Pública*, Editores Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 160, Madrid, 2003, p. 296.

²⁸⁷ Este libro sobre la Gobernanza Europea respecta a la manera en que la UE utiliza los poderes que le otorgan sus ciudadanos. La Gobernanza Europea, libro blanco, Bruselas, de fecha 25 julio 2001, COM (2001) 428 final. Disponible en el DOUE núm. 287 de 12 de octubre de 2001.

lo que indudablemente redundará en una mayor transparencia y en una mayor responsabilidad de todos los actores que participan en ella. El objetivo secundario es la viabilidad del principio democrático de la UE ya que se determina que los principios que son adoptados para generar una buena gobernanza son la apertura, la participación, la responsabilidad y la eficacia.

Pero tener acceso a información sólo es posible cuando estamos en presencia de una política de hacer pública la toma de decisiones, y aquí es donde cobra importancia el principio de publicidad. Estos principios de buena gobernanza citados junto con el de publicidad proponen cambios que impactan directamente al principio democrático, y desde éste se conecta para que el aparato institucional de la UE sea más transparente, y como consecuencia el acceso a la información pública genere una mayor democracia participativa y así lo señala el Libro Blanco²⁸⁸.

En último lugar queda la conexión del derecho de acceso a la información con el derecho que tienen todas las personas de formar parte de la vida política de un país o región, así como de la discusión de todos los asuntos públicos en los que desee participar, este es el principio de participación. La participación sólo es posible con un libre acceso a los documentos oficiales, como medida de una mejor transparencia de la Administración que ofrece a todos los ciudadanos la información sobre asuntos de interés público en una sociedad participativa. Con la participación del público se espera que la Administración Pública sea garante y garantista de una mayor eficiencia y eficacia en sus políticas públicas y como consecuencia exista una efectiva gobernanza.

El Libro Blanco avala esta afirmación al indicar que *“la calidad, la pertinencia y la eficacia de las políticas de la Unión implican una amplia participación de los ciudadanos en todas y cada una de las distintas fases del proceso”*²⁸⁹. Para generar una mayor participación de los ciudadanos, cada una de las instituciones comunitarias debe

²⁸⁸ *“La democracia depende de la capacidad de los ciudadanos para participar en el debate público. Para ello, deben tener acceso a una información fiable sobre los asuntos europeos y estar en condiciones de seguir con detalle cada una de las etapas del proceso político”.*

²⁸⁹ La Gobernanza Europea, libro blanco, Bruselas, de fecha 25 julio 2001, COM (2001) 428 final.

admitir su responsabilidad de cara a la gobernanza europea, y para ello se requiere que se transparente cada uno de los procesos que surgen según la responsabilidad de cada una.

Aunque la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de la Unión Europea de 21 de febrero de 2002, sobre el acceso a la información oficial carece de efecto vinculante ofrece la inclinación comunitaria hacia una apertura para conocer la opinión crítica del ciudadano. El propio tratado por el que se establecía una carta magna europea²⁹⁰ era muy claro al afirmar en el art. I-50 que la transparencia de los trabajos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, fomentaría una buena gobernanza y garantizaría una mayor participación de la sociedad civil. Para lograrlo, era necesario que la actuación de las instituciones, órganos y organismos de la UE fuera con el máximo respeto posible al principio de apertura. Otros artículos estaban redactados para alcanzar una mayor transparencia bajo el principio de una mayor apertura como los del título VI dedicado a la vida democrática de la UE donde se reconocía en el art. I-46 que todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática europea. Respecto al principio de participación, el art. I-47 señalaba que las instituciones mantendrían un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.

IV.2. Controversias entorno a los límites orgánicos y normativos al derecho de acceso a la información pública

En las consideraciones pertinentes en la defensa de la tesis propuesta, se analizarán y desgranarán los límites existentes aplicables al derecho de acceso a la información. Este estudio se aplicará dentro y fuera de la CE y su evolución anterior y posteriormente al 2013 en el caso de España junto con los órganos competentes respectivos que lo tutelan pues ha de apuntarse que *“son los propios preceptos*

²⁹⁰ Publicado en el DOUE de 16 de diciembre de 2004.

*constitucionales los que establecen por sí mismos límites a los derechos, sea en el mismo precepto que consagra el derecho, sea en otro lugar*²⁹¹.

Para ello, en primer lugar se apela a las reglas y la labor in vigilando institucional que ejercen la armonización entre acceso y restricción, protección de datos y transparencia y en última instancia se analizarán los límites y regulación legislativa en valoración habida y habiente de la que se puede extraer que no se partía de la nada y donde se puede apreciar el desarrollo y evolución de un punto al siguiente.

IV.3.1. Límites orgánicos

Si se analizan los límites garantistas al derecho que se estudia en el Estado que se propone así como los criterios emitidos de valoración y ponderación existentes en la actualidad a la hora de facilitar o denegar una información solicitada en el ejercicio de varios derechos fundamentales como los de los arts. 17.1, 20 o 29 CE el individuo solicitante encontrará un parapeto contradictorio en lo que se presenta como Estado de la transparencia a pesar de ser mayoría las medidas en probidad y acceso. Esta contradicción es una de las bases que impulsa la tesis en su defensa de la reforma para reconocimiento del derecho de acceso como derecho fundamental en la Constitución que nace de la libertad, la petición, la libre información dentro de los límites que estudiaremos en este capítulo y no del acceso a archivos y registros únicamente (art. 105. b) CE). Este parapeto referido se encuentra en que ante una solicitud o cualquier acto similar de información pública, encontrará una negación en caso de contraposición con el derecho de intimidad del art. 18 CE, desarrollado en la LOPD, que actualmente prepondera en el ordenamiento jurídico dado el rango orgánico de su regulación, carácter que se defiende, también ha de poseer la LTBG como expectativa y aspiración.

A modo de introducción orgánica, atendiendo a la Disposición Adicional Quinta de la LTBG²⁹², se deduce que la principal meta del CTBG es lograr una íntima

²⁹¹ ÁGUILAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 17.

²⁹² La cual reza “*Colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos adoptarán conjuntamente*

compenetración con la AEPD a la hora de tomar decisiones en términos de límites informativos y sus dinámicas. De la primera, el CTBG²⁹³, se aprecia que se autodefine como autoridad administrativa independiente²⁹⁴ que se encarga de favorecer la transparencia de las funciones públicas y que promueve que se cumplan las obligaciones de publicidad y el derecho de acceso a la información pública tal como dice el art. 34 LTBG indicando que las funciones de este órgano no se limitan sólo a velar por el cumplimiento de las obligaciones legales en cuanto a publicidad activa y pasiva, sino que se extienden también a la vigilancia sobre el Título II de la Ley llamado “*Buen Gobierno*”.

Para la ponderación de los límites que nos ocupan, como materia de Estado, ha de ser independiente y la independencia saliente de la querencia o autodefinición descrita, reside en la composición de este Consejo para tomar decisiones de índole técnico-jurídica. Así pues, el CTBG está compuesto por dos órganos, la Comisión y el Presidente. En primer lugar, la Comisión, que es un órgano colegiado y por su composición (el Presidente, un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la AEPD, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal) no sería descabellado decir que tiene más destrezas políticas que jurídicos y desde luego bastante

los criterios de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15 de esta Ley, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

²⁹³ Además de por la LTBG se rige como se sabe por las disposiciones que la desarrollan y por su Estatuto, aprobado por Real Decreto 919/2014 de 31 de octubre además de otras supletorias la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁹⁴ Independiente de los previstos en el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar pública y privada, adscrito, a efectos puramente organizativos, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

carente de independencia. Esto es así principalmente por su dependencia jerárquica por razón de su adscripción al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que como apunta la Ley 50/1997 de Gobierno, “*el Gobierno se compone del Presidente, los Vicepresidentes, los Ministros y los miembros...*” y no hay nada más políticamente orientado y vinculado a ideales que un ministerio, especialmente esta cartera, y en segundo lugar por la composición tan, legítimamente, política y tan poco docta en materia propiamente jurídica, echándose de menos presencia de este perfil.

En segundo lugar, el Presidente del CTBG²⁹⁵, además de la dirección o la capacidad de instar el procedimiento sancionador ante los incumplimientos de las obligaciones que tengan que ver con el Título II “Buen Gobierno”, es otro supuesto garante de ponderación de límites junto con la AEPD. Esto es un auténtico reto a la capacidad *in vigilando* y a la independencia del Presidente aunque será difícil que el CTBG pueda ejercer de forma generalizada esta competencia atendiendo a las partidas presupuestarias de las que dispone. A pesar de ello y en favor del mismo se ha de apuntar a su esfuerzo y eficacia en su corta vida administrativa. Actualmente, prácticamente todos los países de tradición y aspiración democrática cuyos ordenamientos hayan incluido legislación de Transparencia, han creado una autoridad que vela para que sus funciones sean llevadas a cabo y en nuestro caso se ha logrado esta función. Según algunos estudios, se contaba con un medio nivel de transparencia y opacidad antes de la LTBG, nivel que hoy día se ha consolidado en un nivel adecuado y estable en la materia en lo que el CTBG ha tenido mucho que ver pues lo de pasar de un Estado no transparente al Estado de la Transparencia es una evolución en la que un órgano tal como el CTBG tiene gran responsabilidad. Esta responsabilidad solo ha sido posible por la participación ciudadano y las sinergias de los distintos agentes pues si de dotación presupuestaria hubiera dependido.

²⁹⁵ Nombrado por un periodo no renovable de 5 años por Real Decreto a propuesta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión del Congreso.

La propia Esther Arizmendi, primera Presidenta del CTBG, apelaba verbalmente en su primer discurso al coraje y buen hacer que nos define a los españoles reconociendo la necesidad de esta cooperación estatal de todos los colectivos al afirmar del CTBG y de la transparencia que *“Esta es una empresa que tenemos que conseguir entre todos. Por eso, desde el honor que supone presidir por primera vez en la historia de nuestra democracia un organismo de estas características, hago un llamamiento a los ciudadanos, las instituciones públicas, las organizaciones, las universidades, la sociedad civil y todos los agentes sociales, para que colaboren con nosotros en conseguir una auténtica revolución en la relación de la Administración con los ciudadanos en la que éstos pasen de ser depositarios a ser propietarios de la información de que disponen los servicios administrativos”*.

Por su parte la presidencia de la AEPD la ostenta su director (del que además dependen jerárquicamente el Registro General de Protección de Datos, la Inspección de Datos y la Secretaría General de la Agencia) que, con un mandato de cuatro años, debe ejercer sus funciones con plena independencia y objetividad, sin estar sujeto a instrucción alguna en el ejercicio de sus funciones. En cuanto a la independencia que se analiza para poder ponderar libre y técnicamente los límites del acceso a la información en el Estado de la Transparencia, apuntar que el director de la AEPD está asesorado por un Consejo Consultivo, con una composición bastante diferente a la del CTBG. Así pues, está compuesto también por un diputado, un senador, un representante de la Administración Central y otro de la Administración Local, pero se dota de un miembro de la Real Academia de Historia y un experto en la materia propuesto por el Consejo Superior de Universidades, un representante de los usuarios y consumidores y otro del sector de ficheros privados así como de un representante por cada Comunidad Autónoma que disponga de una agencia de protección de datos en su ámbito territorial con lo que es notoria la especialización, independencia y riqueza de tal órgano. Si esta composición se debe a su carácter de orgánico, la futura composición del CTBG en una supuesta reforma de la LTBG para otorgarle este rango tendría que ser más numerosa y con una especialización tal como esa.

En última instancia al respecto de la tutela que ejercen los órganos institucionales al final del proceso de solicitud encontramos la jurisdicción contenciosa-

administrativa aunque ciertamente existirían otros cartuchos a gastar antes de dar por perdida la causa. La procedencia del derecho de acceso de la Administración Pública y su sujeción al Derecho Administrativo hacen que sus vericuetos sean revisados por la jurisdicción contencioso- administrativa conforme al art. 106.1 CE y 1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y esto, qué duda cabe, supone un garante intocable.

Así, al final del procedimiento administrativo habilitado estudiado en aras de una información y agotadas todas sus vías hechas requisitos antes de pasar a siguientes cartuchos o intentos pueden darse dos alternativas, o una denegación de acceso por silencio administrativo negativo o la denegación tasada en uno de los límites pero una vez llegados a este punto se mira atrás y se denota un recorrido burocrático maratónico. He aquí el problema principal del procedimiento de petición de información, que ni está simplificado ni mecanizado y que hay que incurrir en tutela judicial, que poco tiene de gratuita para alcanzar una información que será de todo, menos lucrativo y que seguramente se renuncie por parte del ciudadano a tal consecución al ver la gran traba administrativa que puede desplegarse de resultar impedimentos. Es a esto a lo que se refiere por ejemplo MESTRE cuando dice *“el sistema jurisdiccional como el que existe en la práctica en España se revela como poco útil desde la perspectiva del control del derecho de acceso: Debe hacerse notar que, en estos casos, de ordinario, el contenido del derecho se satisface mediante una resolución que, en su caso, permita al titular del derecho conocer la información que solicita, y que la dilatada tramitación de los recursos contencioso-administrativos, en las dos instancias, más el retraso puede detectarse en la ultimación de los recursos administrativos, permiten sostener la escasa eficacia que el remedio jurisdiccional posee en este tipo de asuntos”*²⁹⁶.

IV.3.2. Límites normativos

Entendiendo los límites del derecho de acceso en clave fundamental como toda acción jurídica *“que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en*

²⁹⁶ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 202.

cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido”²⁹⁷ de los mismos y una vez vislumbrada la independencia y composición que se presume en ambas instituciones en su ejercicio de valoración de limitaciones y entrando en la ponderación de los mismos por ambas, se analizarán los límites previos y posteriores a la LTBG, defendiendo la existencia de estructura aspirante a la transparencia, junto con los emanantes del derecho europeo.

Antes de ahondar, se ha de comenzar señalando que las limitaciones deben ponderarse desde la perspectiva del respeto a otros derechos con los que además se vincula en muchos aspectos como son: El de participar en los asuntos públicos del art. 23 CE, respecto a los documentos solicitados directamente por los ciudadanos o por los representantes de los ciudadanos a la Administración; El de la libertad de expresión y al derecho a comunicar y recibir libremente información veraz del art. 20.1.a) y 20.1.d) CE, en relación con la especialidad o variante que supone el acceso a la información obrante en los poderes públicos; El derecho al honor del art. 18.1 CE, especialmente respecto de aquellas personas sobre las que constan datos relativos a expedientes sancionadores o disciplinarios; El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en cuanto que la posible denegación podría provocar la imposibilidad de obtener pruebas decisivas en la resolución de un proceso judicial; El de la promoción y tutela del acceso a la cultura y enriquecimiento del Patrimonio cultural del art. 44 y 46 CE.

Sin embargo, para el autor GUICHOT queda latente a lo largo de su amplia bibliografía que priman otros derechos distintos a proteger frente a los límites como lo son: El derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la persona del art. 10 CE, que a su vez se configura, como se ha visto, como elemento determinante en la conceptualización del contenido esencial del derecho; el derecho a la igualdad del art. 14 CE, en el sentido de que la revelación de datos puede dar lugar a una discriminación social, especialmente por la revelación de los llamados por la LOPD como “*datos sensibles*” y las diferencias de trato que se pueden derivar de la obtención de los llamados “*perfiles*”. Como la otra cara de esta afirmación se puede poner de manifiesto

²⁹⁷ ÁGUILAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 10.

a aquella que se produce precisamente por la actuación contraria, esto es, la no revelación de datos o información en manos de los poderes públicos, alterando ventajas a aquellos que sí han gozado de dicho acceso. Por tanto, tanto o más discriminatoria puede ser una acción como otra, debiéndose poner especial cuidado en las decisiones que se adoptan y motivando en cualquier caso las mismas; La libertad ideológica, religiosa o de culto del art. 16 CE, especialmente en lo que respecta a los datos sobre ideología, religión, creencias o datos sindicales, siendo en este último caso además afectado el art. 28 CE de libertades sindicales; El derecho a la reeducación y reinserción social del art. 25.2 CE, en lo relativo a la revelación de datos sobre condenas penales e infracciones administrativas, ámbito en el que la Administración Pública debe mostrarse sumamente cautelosa.

Es criterio general el hecho de que los motivos que limiten el derecho de acceso a la información pública deberán interpretarse de manera restrictiva y para ello se ponderará en cada caso concreto el interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación.

Los límites previos a la LTBG serán los primeros en estudiar. Para los negacionistas de la Transparencia de Estado, si los hubiese, señalar que antes de la LTBG ya existían reglas de ponderación como los límites expresos o específicos establecidos por los propios preceptos²⁹⁸ como reconocen las SSTC 77/1985, 11/1981, 27/1982, 110/1984 ó 120/1991 y otras reglas desde antes de la LTBG límites como las que se estudian a continuación.

En primer lugar, empezando por el primer límite impuesto por el art. 105.b) CE habríamos de referirnos a los de “Seguridad y Defensa del Estado” entendiendo diferencias entre los términos de Seguridad del Estado y a la Defensa Nacional o si ambos conceptos se refieren a un mismo bien jurídico²⁹⁹. Puede parecer que el primer término alude a la defensa del Estado interna frente a amenazas internas y el segundo a

²⁹⁸ Como el art. 37 LRJPAC en su texto original antes de su modificación por la LTBG.

²⁹⁹ POMED SÁNCHEZ, L., *La Intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa. La protección jurídica del ciudadano*, Libro Homenaje al profesor González Pérez, Civitas, Madrid, 1995, p. 16 y ss.

la protección de la soberanía nacional frente a amenazas externas y acaba concluyendo que en función de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional, la Defensa Nacional se trataría de un concepto más amplio en el que se puede aglutinar la seguridad del Estado. Junto a POMED, la STC. 52/1985, de 11 de abril mantiene que la exclusión es aplicable tanto a aquellas informaciones que afecten a las relaciones exteriores como a la “*seguridad interior*” del Estado. No obstante se ha de destacar que no toda la actuación de las Fuerzas Armadas o seguridad nacional está sometida a secreto. Debe existir por principio la publicidad de estas actuaciones salvo que exista un peligro cierto y grave para la seguridad en caso de que se desvele o lo que la jurisprudencia norteamericana ha definido como un peligro cierto e inminente. De lo contrario, la indeterminación del concepto jurídico como indica POMED, daría un orden preferencial a lo secreto sobre lo transparente como ocurre en estados populistas o totalitarios para fines torticeros y abusivos.

MESTRE por su parte matiza respecto a la Defensa como limitación³⁰⁰ que se ha de aludir irremediamente a la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio de defensa con las previsiones de la Ley de Función Pública Militar. De esta indica que “*según resulta del art. 2 se fijan los criterios básicos de la defensa nacional y de la organización militar...a tenor de donde es posible efectuar una primera delimitación de la excepción al derecho de acceso constitucionalmente reconocida; ahora bien, no es posible entender que, en todos los casos a que alude el precepto transcrito, sea admisible que opere la excepción: para garantizar la unidad de España o el ordenamiento constitucional, globalmente considerado, no resulta preciso, en cualquier caso emplear la técnica del secreto; antes, al contrario, un pilar fundamental del propio ordenamiento constitucional reside en el mantenimiento del principio de transparencia*”. De la misma rama es destacable la limitación de la publicidad para protección del valor que nos ocupa en el art. 2 de la Ley de Secretos Oficiales que reza que “*A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas «materias clasificadas» los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por*

³⁰⁰ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 146 y ss.

personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado” artículo redactado por la Ley 48/1978, de 7 de octubre de Secretos Oficiales.

Otra norma limitativa, esta vez de alcance parlamentario, es la que limita a los diputados sus consultas o solicitudes de acceso a información en sede congresual central o autonómica en virtud del art. 109 CE atendiendo al límite que supone el art. 16 Reglamento del Congreso de los Diputados (“...*así como a no divulgar las actuaciones que, según lo dispuesto en aquél, puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas*”) y el art. 10.2 de la ley 48/1978, de Secretos cuyo art. 10.2 (“*la declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado*”) y la jurisprudencia al respecto.³⁰¹

En segundo lugar se tratará la “Averiguación de delitos” como límite constitucional al acceso a la información, segundo límite del art. 105. b) CE en relación íntima con la protección del derecho a la intimidad, el honor y la protección de datos de carácter personal. Aunque es sucinta la expresión constitucional a la hora de limitar, no es aplicable en cualquier caso sino que debe analizarse en función de cada caso para reprimir al criminal y no protegerlo excepto si supone un grave peligro para la sociedad como señala la STC 1/6/1983, sobre el caso “Colza” en cuyo caso se habría de optar por la publicidad. La averiguación de delitos es un límite en su propia definición que le da el carácter de temporal que se reduce solo a la preparación e instrucción como vimos anteriormente.

A propósito del art. 105. b) CE en relación a la averiguación como límite puede destacarse un pronunciamiento³⁰² del TC sobre la publicidad del art. 120 CE donde se indicó que “*lo que se persigue es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del*

³⁰¹ STC 118/1988 y en especial la STC 203/2001, en un recurso que el TC que estima contra la no admisión a trámite en el Congreso de solicitud de información por encontrarse los datos reservados en el ámbito de la reserva tributaria. La STC pone en valor que “*es cierto que ningún poder público puede, al actuar sus atribuciones, lesionar derechos constitucionales*”, pero añade que tal lesión no se habría derivado de la mera tramitación de la solicitud de información por la Mesa de la Cámara.

³⁰² STC 13/1985, de 31 de enero disponible en el BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1985.

delito...diferenciando lo que es materia reservada pues el secreto de sumario no significa en modo alguno que uno o varios elementos de la realidad social...sean arrebatados a la libertad de información”.

Dicho lo cual y siendo proporcionales sin desmerecer este criterio, para el que escribe fundamental, ha de tenerse que ponderar el que y el cómo se excluye por averiguación de delitos. No todos los actos que se dirijan a la averiguación, pesquisas y demás investigaciones pueden servir para que la Administración tache todo de secreto. Este límite tiene una finalidad muy clara, no entorpecer una investigación, respetar durante un periodo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el lapso de tiempo en que actúen. Este respeto procura que ninguna intromisión pueda afectar al fin de las averiguaciones pero claro para ello habría de entenderse que la solicitud de información se hace de mala fe y por tanto ya se considera que existe un sector poblacional con esta cualidad. MESTRE sostiene³⁰³ que la finalidad última de esto se relaciona por lo temporal primero con el procedimiento sancionador acogido por el legislador en leyes como la Ley 38/1995, de 12 de diciembre sobre acceso a la información en materia de medio ambiente cuando deniega expedientes *“que hayan estado sujetos, o lo estén en la actualidad, a algún procedimiento judicial o administrativo sancionador, incluidas las diligencias o actuaciones previas o de carácter preliminar”*. En segundo lugar relaciona con acierto la temporalidad de este límite con la extinta LRJPAC en su art.37.5.c) en que *“tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando”*.

Finalmente, en cuanto a la “intimidad de las personas” el art. 105. b) CE apuntar que igualmente es reconocida en los arts. 18 y 20.4 CE y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. La intimidad es un límite y un derecho, fundamental, ha de partirse de aquí para comprender su alcance, así en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se define así: *“Nadie podrá ser objeto de*

³⁰³ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 159.

injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honor o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Sobre esto MESTRE se pronuncia insistiendo que es este y otros muchos los preceptos³⁰⁴ que protegen la intimidad personal sobre el acceso pero insistiendo en que es eso, personal y respecto a valores jurídicos personales de la esfera íntima. Como se observa, ya se protegía las informaciones de carácter secreto mucho antes no solo de la LTBG sino de la LOPD que desarrolló estas limitaciones con el art. 37 LRJPAC aquello de proteger información por el interés directo de terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

En el mismo nivel la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha delimitado en sentencias como la STC 73/1982, de 2 de diciembre o la STC de 20/2/1989. En la que además de identificarla con aquellas informaciones de carácter secreto o íntimo, incluye *"todas aquellas circunstancias que merecen el secreto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los particulares. El derecho garantiza la inviolabilidad de la vida particular, y merece también la protección de la personalidad frente a la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque o sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos"*. La STC. 20/1992 vincula por su parte el derecho con otro no menos importante como es el derecho a la dignidad recogido en el art. 10.1 CE.

Además el Tribunal distingue entre la visión objetiva y la subjetiva de la intimidad, siendo la primera la descrita y la segunda, según su STC. 134/1999, de 15 de julio, aquella intimidad en el que el concepto de intimidad viene definido por lo que cada individuo considere que pertenece a su intimidad cualquiera que sea su contenido y naturaleza, vedando a terceros, sean particulares o poderes públicos, que decidan cuáles sean los límites de la vida cotidiana privada. Aunque en su primera concepción la intimidad es más acatable o identificable respecto a la protección de datos de carácter personal, la segunda es muy difícil de acotar valorando que información o dato personal es o no íntimo. Adicionalmente a lo dicho, GUICHOT clarifica en toda su bibliografía

³⁰⁴ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 260.

que sin el art. 14 CE no se puede delimitar con éxito porque el manejo indiscriminado de estos datos por terceros es susceptible de generar discriminaciones, por lo que se ha de evitar que en atención a la información obtenida se adopten decisiones en función de la misma, por lo que en su caso extremo, se manifestaría en la creación de perfiles que condicionan el libre desenvolvimiento de la persona en la sociedad. Igualmente afirma este autor que a pesar de la autonomía formal que se rige entre los derechos de protección de datos especialmente protegidos o sensibles y la intimidad de datos íntimos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Carta de Derechos Fundamentales e incluso por la propia LRJPAC, resultaría tentados su equiparación al tener unos efectos clarificadores para la aplicación del derecho, coincidiendo ambos como presupuesto para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Respecto a las personas jurídicas, reafirmar su exclusión de tal titularidad de derecho, como señalan los AATC 257/1985 y 221/1990, por lo que no podrán invocar su honor o intimidad para evitar la publicidad de datos referentes a su actividad u organización interna.

Resulta destacable y de interés en este punto mencionar la limitación normativa extendida de la prudente intención aperturista que el Reglamento 5/2005 de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales concede en su art. 6 al derecho de acceso a la información al permitir *“...el acceso de los medios de comunicación acreditados a los actos procesales celebrados en audiencia pública”* y que queda limitado en términos de intimidad y protección de datos al citar: *“...excepto en los supuestos en que pueda verse afectados valores y derechos constitucionales, en los que el Juez o Presidente del Tribunal podrá denegar dicho acceso mediante resolución...”*. Esta norma se complementa con el art. 93.4 del mismo cuerpo de reglas: *“El derecho de acceso no podrá ejercerse en perjuicio del derecho a la intimidad de personas distintas del afectado”*.

La LRJPAC, como se adelantaba, y respecto al “interés legítimo” distingue el acceso a documentos de procedimientos finalizados a los que pueden acceder todos los ciudadanos, documentos que contienen datos de intimidad cuyo acceso se restringe a sus titulares y los documentos nominativos cuyo acceso se reserva a titulares y a los terceros que acrediten un interés directo y legítimo. Respecto a esto último, por no ser el fondo de la tesis, se señala brevemente que aquello del “interés legítimo”,

cuestionablemente definido en términos de transparencia, ya era por el TC identificable con cualquier ventaja o de utilidad pública jurídica derivada de la relación pretendida (ATC 356/1989), pero claro es que esto de estar legitimado para solicitar una información no es cosa menor, es lo que da o deniega el ejercicio de un derecho en determinadas cuestiones.

Así, la STC. 257/1988, de 22 de diciembre señala los límites negativos de este interés legítimo, cuando afirma que *“está legitimada toda persona que invoque un interés legítimo...de donde se deduce que...es preciso que quien aparezca como demandante se halle en una específica relación con el objeto de las pretensiones que puedan deducirse en esta vía, ya consista tal relación en la titularidad propia de un derecho o libertad fundamental presuntamente vulnerado o, incluso, en un mero interés legítimo en la preservación de derechos y libertades, igualmente fundamentales”*. Por otro lado, poniendo la lupa en los límites del apartados 4 y 5 del 37 LRJPAC (*“Cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección, o cuando así lo disponga una Ley”*) aparece la duda de quién es el que determina esa apreciación de supremacía y en base a qué criterios, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados y una fórmula excesivamente indefinida. Indica SOTO que parecen dar amplitud a la Administración para limitar el derecho de acceso, en detrimento de la exégesis del precepto constitucional analizado y que aparece también contemplada en el art. 24 LOPD como condicionante de los derechos de acceso, cancelación y rectificación a los archivos automatizados que contengan datos personales.³⁰⁵

Respecto al quinto punto del art. 37 LRJPAC, (*“Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las CCAA, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a derecho administrativo”*) se extraen los documentos exceptuados de ser suministrados como *“Los que contengan información sobre Gobiernos del Estado, la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado”* los cuales

³⁰⁵ Se recomienda la lectura de los límites desde la LRJPAC que analiza brevemente este autor al final de su obra, SOTO LOSTAL, S., *El derecho de acceso a la información*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

dejan en su pobre redacción un amplio espacio y margen de refugio poco acotado donde quedan en duda los informes privados y correspondencia interna, muchos años cauce de comunicación para cometidos extrainstitucionales. De este nicho de opacidad se atrevería a decir el autor que ha proporcionado al Estado más perjuicios que bondades al no ser siempre la organización jerárquica buena inspectora como lo puede ser el publicar ciertos documentos que carecen de contenido íntimo, partiendo que la corrupción es una actividad muy “intima”. Además, se hacía alusión directa a los “*actos del Gobierno*”, de los que existe constancia documental tanto en los archivos de la Administración como del propio Gobierno.

Los documentos tramitados para la investigación de los delitos se entiende que estén salvaguardados y siembra un precedente de importancia cuando se enumera como segundo punto del artículo el cual clarifica que es una protección abarcable solamente al periodo de instrucción o preparación procesal de la causa previa al enjuiciamiento por viabilidad de la misma cuando reza “*podiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando*”. Continúa el precepto con documentos de raíz privada como son “*los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial*” y finaliza con “*Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la Política monetaria*”, un enunciado nuevamente disperso y que no puntualiza en que situaciones como sí se hacía con los documentos judiciales, con lo que a ojo de intérprete quedaba el alcance de dicho límite en materia tan determinante como lo es el campo de la divisa.

Individualmente el punto sexto trata de un régimen jurídico en el que predomina como regla general la accesibilidad y su carácter público, facilitando la información a través de notas informativas simples y certificaciones que sean fidedignas de los datos constatados en los asientos, con contadas excepciones, especialmente respecto a los registros cuya titularidad corresponde al Ministerio de Justicia (Registro de Penados y Rebeldes, de últimas voluntades, Registro de protección de víctimas de la violencia doméstica, responsabilidad penal de menores, etc.).

Pone fin el art. 37 LRJPAC en el que para el caso en que se acredite un histórico interés o cultural, serán aplicables las premisas que afecten a la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos y las de carácter genérico. En la antigua

redacción, que es la que se estudia, solo podían constituirse peticiones que discrecionalmente manejaba la Administración gestionando peticiones genéricas que no sean de investigadores que acrediten un interés histórico o cultural relevante lo que no quedaba realmente claro. Lo que en este precepto no se entendía es por qué se daba un tratamiento especial o privilegiado a los investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante para excluirlos de la exigencia de concretar el objeto de su petición, pues parece que éstos, al estar más especializados que el resto en materia de archivos y registros tienen más derechos que un analfabeto e incluso pueden moverse con mayor asiduidad en los mismos ámbitos, lo que hacía precisamente que los mejor preparados eran los que mayor facilidad tenían para concretar su petición. Si ponemos el foco sobre los límites establecidos sectorialmente que han funcionado hasta 2013, puede decirse en primer término respecto al uso comercial o ambiental de la información residen en la importante Ley 37/2007, de 16 de noviembre sobre reutilización de la información en el sector público y los límites en terreno de lo ambiental, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

Respecto a la legislación de reutilización de información dirigida a personas físicas o jurídicas con fines comerciales o no comerciales siempre que constituya una actividad administrativa, su art. 3.3 de la Ley 37/2007, establece los límites por los que excluía ya el acceso a una gran cantidad de documentos que se enumeran a continuación:

- Documentos sobre los que existían prohibiciones o limitaciones en el derecho de acceso en virtud de lo previsto en el estudiado art. 37 de la Ley 30/1992.

- Documentos que afectan a la defensa nacional, seguridad del Estado, protección de la seguridad pública, así como los sometidos al secreto estadístico y a la confidencialidad comercial y, en general, los documentos relacionados con actuaciones sometidas por una norma al deber de reserva, secreto o confidencialidad.

- Documentos para cuyo acceso se requiera ser titular de un derecho o interés legítimo.

- Documentos que obran en las Administraciones y organismos del sector público para finalidades ajenas a las funciones de servicio público para finalidades ajenas a las funciones de servicio público que tengan atribuidas funciones definidas con arreglo a la normativa vigente.

- Documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual o industrial por parte de terceros. No obstante, la presente Ley no afecta a la existencia de derechos de propiedad intelectual de las Administraciones y organismos del sector público ni a su posesión por éstos, ni restringe el ejercicio de esos derechos fuera de los límites establecidos por la presente Ley. El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de las Administraciones y organismos del sector público deberá realizarse de forma que se facilite su reutilización.

- Documentos conservados por las entidades que gestionen los servicios esenciales de radiodifusión sonora y televisiva y sus filiales.

- Documentos conservados por instituciones educativas y de investigación, tales como centros escolares, universidades, archivos, bibliotecas y centros de investigación, con inclusión de organizaciones creadas para la transferencia de los resultados de la investigación.

- Documentos conservados por instituciones culturales tales como museos, bibliotecas, archivos históricos, orquestas, óperas, ballets y teatros.

De esta pormenorizada lista de documentos protegidos se encuentran injustificados algunos que otro como es éste último y aquellos que carecen de bienes superiores jurídicos que proteger y que con la nueva legislación se han visto más abiertos a la hora de acceder de lo que puede extraerse un avance decisivo. En la lista figura un bien jurídico protegido intrínsecamente, el patrimonio nacional que constituyen piezas artísticas, contenido emitido que es parte de la historia de la radio-televisión del país y las investigaciones en posesión de universidades que hoy por

costumbre tienen como norma por defecto su difusión y la confidencialidad como excepción. Es fácil hacer la crítica jurídicamente puntillosa a la LTBG mirando horizontes de futuro y a los flancos del derecho comparado, pero si se hace mirando atrás puede afirmarse por avances en derechos, redacción y alcance que es un paso firme el pos del ciudadano.

Por otro lado, respecto a la regulación de acceso a información únicamente en el terreno de lo ambiental, los arts. 12 y 13 de la Ley 27/2006 hacía referencia a la posibilidad de denegar información de este tipo siempre que se den unas justificaciones. Esto ya está ofreciendo paradójicamente munición denegatoria al administrador en vez de tasar una lista positiva de lo solicitable aunque puede haberse seguido el criterio de acudir a la limitación negativa por ser más escueto decir lo que no se debe que lo debido. Las justificaciones de denegación son razonables como que lo solicitado “*a la autoridad pública no obre en poder de ésta o en el de otra persona o entidad en su nombre sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 10.2.b)*” o “*Que la solicitud sea manifiestamente irrazonable*”. La apreciación de esta última situación, salvo excepciones, resultará una cuestión delicada teniendo en cuenta lo indeterminada que puede suponer su valoración, que en cualquiera de los casos, responderá a la finalidad que el solicitante vaya a dar a la información solicitada.

Otra justificación es “*Que la instancia o solicitud esté formulada de forma genérica, según el art. 10.2.a)*” con lo que este precepto vincula la generalidad del objeto de la solicitud a la indeterminación aunque no se ha de confundir con el régimen general que regula el derecho de acceso en el que el objeto de la información es precisamente una cuestión general de interés público. Respecto a la justificación de tramitación en curso podría haber quedado la opción de notificar al interesado la finalización del asunto para así no eternizar una tramitación o que esta se convierta en refugio de opacidad (“*Que la instancia o solicitud se refiera a material en plena elaboración o documentos en proceso y por tanto no concluidos. Por estos últimos han de entenderse aquellos sobre los que la autoridad pública esté trabajando.*”). Finalmente alude a “*Que se refiera a comunicaciones internas, teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación*”. Dicha exclusión ha sido ampliamente criticada por no concretarse que comunicaciones se consideran internas.

Finalmente el art. 13.2 LTBG se apela sucintamente a las causas de exclusión cuando su revelación afecte a determinados asuntos que pueden clasificarse en tres grupos. Por un lado los que recogen exclusiones por razón de perjuicio a la confidencialidad de asuntos de estado, cosa pública y que pertenece al ámbito protegido institucional: *“Confidencialidad procedimental de las autoridades públicas cuando tal confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley; A las relaciones internacionales, a la defensa o a la seguridad pública; A causas o asuntos sujetos a procedimientos judiciales o en trámite ante los tribunales, al derecho de tutela judicial efectiva o a la capacidad para realizar una investigación de índole penal o disciplinaria. Cuando la causa o asunto estén sujetos a procedimientos judiciales o en trámite ante los tribunales, deberá, en todo caso, identificarse el órgano judicial ante el que se tramita”*.

Pueden clasificarse en un segundo lugar las exclusiones por razón de perjuicio a la confidencialidad de documentos e informaciones privadas o particulares, con datos de carácter personal: *“A la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, cuando dicha confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley o en la normativa comunitaria, a fin de proteger intereses económicos legítimos, incluido el interés público de mantener la confidencialidad estadística y el secreto fiscal; A los derechos de propiedad intelectual e industrial. Se exceptúan los supuestos en los que el titular haya consentido en su divulgación; Al carácter confidencial de los datos personales, tal y como se regulan en la LOPD cuando la persona interesada a quien conciernan no haya consentido en su tratamiento; A los intereses o a la protección de un tercero que haya facilitado voluntariamente la información solicitada sin estar obligado a ello por la legislación vigente. Se exceptúan los supuestos en los que la persona hubiese consentido su divulgación”*.

En tercer y último lugar quedarían las exclusiones por razones de perjuicio ambiental como bien jurídico protegido general en el último punto de la norma al disponer la afectación *“A la protección del medio ambiente al que se refiere la información solicitada. En particular, la que se refiera a la localización de las especies amenazadas o a la de sus lugares de reproducción”*.

A continuación analizaremos los límites actuales en España con las influencias correspondientes. Con la publicación de la LTBG puesta en marcha práctica en 2014 y su futuro desarrollo ya vaticinado por el PRLT, los límites se conciben palmariamente y de una forma más aperturista. Estos flamantes límites alojan las distintas reformas que modifican normativas al respecto por medio de sus disposiciones³⁰⁶ adjuntas así como en el art. 14 LTBG, inserto en la Sección 1ª “Régimen General”, del Capítulo III “Derecho de acceso a la información pública”, del Título I “Transparencia de la actividad pública”. Son los arts. 14 y el 15 LTBG los preceptos que establecen los límites particulares al acceso a la información pública en cuanto a datos de carácter personal y el art. 16 y el art. 18 LTBG los que recogen las restricciones parciales y las causas de inadmisión que a continuación se estudiarán.

El art. 14 LTBG, continente de los límites generales al derecho de acceso a información pública, refleja parte de los límites constitucionales al acceso obrantes en el art. 105. b) CE y queda así:

“1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

a) La seguridad nacional.

b) La defensa.

³⁰⁶ Son las disposiciones finales de la LTBG:

- Disposición final primera. Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. [Art. 35 h) y 37].

- Disposición final segunda. Modificación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. (Art. 4).

- Disposición final tercera. Modificación de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. (136.4).

- Disposición final cuarta. Modificación de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

- Disposición final sexta. Modificación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. [Art. 2, 7, 9, 10, 14, 26, 42 y 52.1 u)].

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.”

Como queda de relieve, es un precepto completo que engloba, además de los descritos en el art. 105. b) CE y que coloca en primer lugar de preferencia, muchos de los límites analizados en la sección anterior, o sea, los límites al acceso a la información pública previos a la LTBG y que quedaban dispersos en las normativas administrativas como la LRJPAC, la de reutilización de información del sector público y acceso a documentos de cariz ambiental. Por cuestiones prácticas se considera positiva esta aglutinación aunque de nuevo queda el problema de la falta de concreción y que deja en manos de intérprete su alcance, cuando siempre es más lícito tipificar objetivamente el alcance que dejarlo en manos de lo subjetivo. Esto queda de manifiesto en el art. 14.2 LTBG que reza “*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” en donde se destaca la importancia y el peso de la valoración subjetiva de casos atendiendo a si es un interés superior justificado lo cual afecta a la igualdad de solicitudes y deja margen a la oportunidad.

Un avance supone el art. 14.3 LTBG con la obligación de publicar las resoluciones tanto concedentes como denegatorias que redundan en exponer causas y exponer razones justificadoras protegiendo siempre los datos de carácter personal del interesado al disponer *“Las resoluciones que de conformidad con lo previsto en la sección 2.ª se dicten en aplicación de este artículo serán objeto de publicidad previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 20, una vez hayan sido notificadas a los interesados”.*

Respecto a la intimidad del interesado peticionario y por su parte, el art. 15 LTBG expresa los límites encuadrados dentro de la protección de datos personales de la siguiente forma: *“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 conllevasen 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 una norma con rango de Ley.

2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a

información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

4. No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.

5. *La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso”.*

Artículo denso donde se concretan básicamente dos líneas, las opciones que pueden darse a la hora de facilitar información pública y como ha de proteger la intimidad de los interesados en cada una y en segundo lugar la forma de ponderar esto, parte esta que queda en manos de los órganos que resuelven. En este artículo encontramos elementos de crítica a la LTBG como la contradicción que supone la valoración de la intimidad como derecho fundamental y la marginación y supeditación del derecho de acceso a la información pública. Si en algún momento el legislativo apela a la realidad social e internacional y reforma normativas constitucionalizando el derecho de acceso a la información, este artículo habría de poseer una nueva redacción que ofreciera una ponderación más precisa para armonizar la intimidad y el acceso.

Si al acceso parcial hemos de referirnos, es el turno del art. 16 LTBG donde se prevé la concesión parcial de información en exclusión de un tanto protegido en virtud del art. 14 LTBG, con lo que se complementa así dicho pseudo-acceso así: *“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”.* Esta afortunada redacción detalla con rigor la recuperación de información susceptible de ser facilitada a pesar de que contengan elementos a excluir como pasaba anteriormente, que por existir una nimiedad se excluía la totalidad. En esta nueva delimitación hay meticulosidad con lo que se amplía el acceso e incluso en el caso de que el resto de información a facilitar sea carente de valor se habrá de justificar por la administración la parte excluida u omitida con lo que apremia el principio de publicidad y la misma ética administrativa.

Finalmente el art. 18 LTBG redacta las *“Causas de inadmisión”* de solicitudes. Inicialmente enumera las exclusiones por razones materiales y finalmente las formales, ambas habrán de ser motivadas. Las primeras incluye limitaciones previas como la del art. 13.1 de la Ley 27/2006 por lo de solicitudes *“Que se refieran a información que esté*

en curso de elaboración o de publicación general” a lo que se puede añadir una reelaboración y nuevo estado de tramitación con la premisa *“información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”*. El segundo punto no es cosa menor, se refiere a la exclusión por ser *“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”*. Esta redacción deja una controvertida crítica en la que coinciden muchos estudiosos y medios, pues son los órganos de decisión los que determinan la resolución final en función de los documentos auxiliares e informes internos donde quedan por ejemplo presupuestos de realización de obras, ofertas de contratos, comunicaciones internas con medios públicos. Aquí quedarían excluidos estos aunque algunas regiones en su potestad han decidido publicar algunos en sus portales de transparencia como es el caso, por citar algunos, el Consejo de Vigo³⁰⁷ o el Ayuntamiento de Las Palmas³⁰⁸ con la publicación de los informes internos de Asesoría Jurídica e Intervención que han sido llevados previamente al Pleno municipal.

En último término quedan las que clasificábamos como exclusiones formales evidenciadas por errores técnicos en la propia solicitud. Como la normativa danesa o finesa, la española incluye dos normas que instruyen al interesado a ser concreto, sucinto y dirigente al órgano correcto en las siguientes instrucciones de exclusión por ser solicitudes *“Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente”*(En este caso el art. 18.2 LTBG indica que la en la resolución denegatoria el órgano *“deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud”*) o *“Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley”*.

³⁰⁷ Disponible en: <https://transparencia.vigo.org/?id=67&tipo=data&ita=0&lang=es>

³⁰⁸ Disponible en: <http://www.laspalmasgc.es/es/transparencia/indicadores-ley-de-transparencia/planificacion-y-organizacion-del-ayuntamiento/se-publican-los-informes-internos-de-los-organos-de-asesoramiento-juridico-y-de-la-intervencion-una-vez-que-son-definitivos/>

En el ámbito europeo, tercera delimitación al derecho de acceso y a la transparencia, señalar que antes de la existencia de los límites actuales, la UE necesitaba un marco que acotase el libre acceso a la información comunitaria en los ámbitos permitidos como el medioambiental. Esta delimitación la implantó el art. 3.2³⁰⁹ de la Directiva 90/313/CEE, referida en el capítulo de derecho comparado, en donde se expone la excepción de reservar la información cuya divulgación pueda perjudicar al medio ambiente.

Por la pertenencia a la Unión Europea, España goza de una implantación territorial en un espacio vecinal de reconocido prestigio en transparencia, por su experiencia y avances, lo cual no solo favorece el desarrollo del propio en Transparencia de Estado, sino que afecta directamente a nuestro propio Estado de la Transparencia. Estos límites adoptados, residentes en el art. 4 del Reglamento CE 1049/2001, de 30 de mayo, disponen tres casos diferentes a la hora de ponderar la denegación o permisión de información ante una solicitud:

- Cuando la divulgación del documento suponga un perjuicio para la protección del interés público, por lo que respecta a la: Seguridad pública; defensa y asuntos militares; las relaciones internacionales; la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un estado miembro; la protección de la intimidad y la integridad de la persona.
- Cuando suponga un perjuicio para la protección de: Intereses comerciales de una persona física o jurídica incluida la propiedad intelectual; los procedimientos

³⁰⁹ Afirma FERNANDEZ RAMOS que “La redacción de este precepto conduce necesariamente a entender que las excepciones únicamente entrarán en juego cuando la comunicación de la información atente efectivamente contra los intereses contemplados en la Directiva”. Indica también el autor que las excepciones al ejercicio del derecho de acceso propuestas por el Parlamento Europeo “deberían tenerse en cuenta cuando se pudiera hablar del perjuicio claro y demostrable en caso de difusión de la información y además se hubiese efectuado una ponderación verificable y adecuada entre la importancia de la reserva confidencial y la de la difusión”. FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 242.

judiciales y el asesoramiento jurídico; el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría.

- Cuando suponga un perjuicio grave al proceso de toma de decisiones y se trate de un documento elaborado por la institución para su uso interno o recibido por ella relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión o de 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 adoptar la decisión

Como en estas pautas se establece una cierta discrecionalidad, el Juez europeo ha sido firme al dar una interpretación a la exigencia de apreciar singularizada y motivadamente las negaciones de acceso, y este ha sido el motivo más frecuente de anulación de las decisiones. Los órganos europeos están obligados a inspeccionar antes de resolver acerca de una solicitud de acceso a documentos si habida cuenta de la información de la que disponen, su divulgación puede efectivamente menoscabar uno de los intereses o bienes jurídicos protegidos. Dicho lo cual, esta obligación no significa que dichas Instituciones y órganos estén obligadas en cualquier circunstancia a aportar, para cada documento, los motivos que justifican la aplicación de la excepción basada en la protección de interés público. Evidentemente, puede resultar complicado indicar motivos que justifiquen siempre la confidencialidad sobre cada documento, sin divulgar el contenido de este último y, por tanto, sin limitar a la excepción de su finalidad. Respecto a este punto, se suscita la conflictiva cuestión de la regulación de las causas de exclusión del ejercicio del derecho en base a conceptos jurídicos indeterminados del estilo “intereses de terceros con más razones de protección por razón de dignidad” o “interés general” superior.

Todo esto da cabida a una valoración o ponderación de intereses por parte de la Administración que se convierte en última instancia en aquello que determina las limitaciones y no el propio ente legislador a través de una lista tasada de conceptos claros e inequívocos que exprese de manera precisa todos y cada uno de los presupuestos materiales de la limitación sin que ponga en peligro principios como el de seguridad jurídica y el de reserva de Ley. Siendo conceptos tan extensos, casi inabarcables,

permite en cierta parte a las administraciones perfilar exclusiones no muy justificadas desde el punto de vista constitucional a esta especie de espacios indeterminados.

Jurisprudencialmente y antes de poner el foco en este principio que mencionábamos, el de reserva de Ley, en terreno el ámbito europeo, hemos de señalar la STC. 292/2000, de 30 de noviembre, en la que se afirmó que *“no es constitucional un apoderamiento genérico para limitar el contenido de los derechos por razones de interés público, intereses privados, ni siquiera para garantizar las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o para la persecución de infracciones administrativas. Se trata de referencias genéricas, sin apoyo directo en bienes constitucionales, contrarias a la reserva de Ley”*.

Pues bien, este principio de reserva de Ley está exigido en el Convenio del Consejo Europeo sobre Acceso a los Documentos públicos de 18 de junio de 2009, en su art. 3³¹⁰, donde residen los límites que se estudian en este epígrafe. Junto a ellos, las comunicaciones oficiales con la Familia Real o su Casa Real o Jefe del Estado y se establece asimismo que los límites al derecho de acceso a la información que puedan o probablemente puedan verse amenazados los intereses a los que hacen referencia, que no son obligatorios, sino que podrán imponerse potestativamente por cada Estado

³¹⁰ Que dispone *“Los límites deberán estar previstos por una Ley, ser necesarios en una sociedad y democrática y ser proporcionados con la finalidad de proteger:*

- a) la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales;*
- b) la seguridad pública;*
- c) la prevención, la investigación y el procesamiento de actividades criminales;*
- d) las investigaciones disciplinarias;*
- e) la inspección, control y supervisión por autoridades públicas;*
- f) la intimidad y otros intereses privados legítimos;*
- g) los intereses comerciales y económicos;*
- h) las políticas estatales de cambio de moneda, monetarios y económicas;*
- i) la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia;*
- j) el medio ambiente; o*
- k) las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto”*.

firmante, además de constreñir los límites a la existencia de un interés público que prevalezca en la revelación y sugiere que las partes dispongan legislativamente un plazo más allá del cual los límites dejen de ser aplicables.

Antes de entrar en la fundamentación, es positivo haber dejado expuesto sobre la mesa la red completa de límites que filtra con mesura la información pública susceptible de información en España en cada campo a lo que la LTBG ha venido a resumir y enumerar en su redacción.

IV.3.3. A propósito de la protección de datos y la transparencia en España

Además de las muchas consideraciones y las diversas y continuas alusiones a la protección de datos así como al derecho de intimidad [arts. 18.1 y 20.d) CE] realizadas durante la tesis, es conveniente redactar brevemente algunas cuestiones de forma independiente y reunida atendiendo al análisis de normativa y a la calibración en el conflicto jurídico que ofrece entre otras cuestiones novedosas. El latente conflicto que reside en el ámbito de lo público y lo privado, de la información y los derechos como contexto asociado a la confrontación jurídica intimidad-transparencia ofrece un terreno cuya reconciliación es un verdadero desafío del derecho y un “oxímoron cultural”³¹¹.

El principio de igualdad en este ámbito parece sufrir un importante a la vez que sutil agravio si nos referimos a la esfera de derechos de la persona cuando esta deja de ser un mero ciudadano para traspasar la puerta de lo público al objeto de ejercer labores de representación democrática. Este es el caso de concejales, diputados provinciales, parlamentarios autonómicos, senadores y diputados, presidentes, consejeros, delegados y consejos autonómicos, ministros, secretarios de Estado, secretarios generales, directores generales y demás miembros del ejecutivo central, autonómico, local además de miembros de corporaciones delegadas y organismos autónomos entre otros.

³¹¹ FERNÁNDEZ-GALIANO, L. en el diario EL PAÍS 9/8/ 2013. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2013/07/31/opinion/1375287254_166171.html

Se quiere en la tesis acometer la cuestión que supone la igualdad, la transparencia y la protección de datos en el trabajo³¹² en un careo y señalando los extremos a valorar. Se distingue en este espacio el desnude exigido a los integrantes de estos poderes, ejecutivo y legislativo, con respecto al judicial. Si bien es legalmente exigida una transparencia, contrasta que a jueces, fiscales, magistrados y miembros de gobiernos judiciales como Juntas de Jueces, Jueces Decanos y al mismo CGPJ y Fiscalía General del Estado no se les obligue a las mismas condiciones y prerrogativas que a los distintos miembros gobierno o de cuerpos legisladores en portales de transparencia en post del buen gobierno donde podemos encontrar desde su vida laboral, currículo vitae, destino, sueldo, desglose minucioso de su retribución hasta declaraciones de bienes muebles e inmuebles y declaración de actividades económicas y declaración de la renta.³¹³

No existe en la LOPJ ni en sus aldaños reglamentos ni en la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Administración de Justicia alusión al buen gobierno que mente el alarde de estos datos personales por parte de miembros del Poder Judicial intermedio o básico como son las Salas de Gobierno, Consejo Fiscal, Consejo del Secretariado, Secretario General, Jueces Decanos y otros muchos altos cargos con responsabilidades de Administración de Justicia, muchas veces todos ellos con funciones de disposición y gestión de dineros públicos en el desempeño de su cargo.

³¹² El TC ha sostenido que el derecho a la intimidad no se circunscribe solamente a la esfera íntima y personal del individuo, sino que puede alcanzar otros ámbitos, tales como el laboral (en este sentido se refiere la STC 12/2012, de 30 de enero o la STC 241/2012, de 17 de diciembre, que se remite a las SSTC 98/2000, de 10 de abril o 186/2000, de 10 de julio.

³¹³ Si bien un concejal exhibe extremos de su intimidad tan personales como la declaración de bienes (Un ejemplo disponible en: http://www.aytojaen.es/portal/p_20_contenedor1.jsp?seccion=s_lloc_d11_v2.jsp&codbusqueda=227&language=es&codResi=1&codMenuPN=1&codMenuSN=285&codMenu=288) para las salas de gobierno, presidentes de audiencias, juntas de jueces o jueces decanos es imposible encontrar dato alguno parecido, pues la única portada de transparencia con este tipo de datos personales reside en el Portal Terrero-Chacón del CGPJ. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Actividad-Economico-Financiera/Personal-CGPJ--retribuciones-y-compatibilidades/> .

La LTBG insta deliberadamente a confeccionar ficheros de datos personales de los miembros a los que alude y a publicarlos y ofrecerlos a instancias de una solicitud. Podemos sustentar esta afirmación en la propia definición de fichero que la AEPD facilita en su “Glosario de Términos”³¹⁴ y de todo conjunto organizado de datos de carácter personal que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, modalidad, almacenamiento, organización y de acceso [art. 3.b) LOPD y art. 5.1.k) del Real Decreto 1720/2007].

Si por consiguiente fijásemos la atención en la definición jurídica oficial de información pública recogida en el art. 13 LTBG (“*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*”) entenderíamos que hay informaciones públicas que constituyen auténticos ficheros de datos de personas que trabajan en el sector público. Estas personas, se deduce, no tendrían que estar sometidos a esta exhibición de ser trabajadores del sector privado. Es por esta razón por la que no sería nada fariseo entrever que hay desigualdad externa de transparencia al igual que dentro del propio marco de la transparencia, donde un Presidente de Sala de Gobierno del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia tiene más derecho a la intimidad que un concejal en post del buen gobierno ordinario por encima del gobierno judicial.

Ante esta cuestión, el interrogante a plantear podría ser ¿los datos personales dejan de serlo para convertirse en información pública?, y en este caso, cuándo. Podemos decir que un dato de carácter personal individual o existente en un fichero (como pudiera ser una relación de puestos de trabajo o una lista de adjudicatarios de un contrato con datos como DNI, como un apellido, fecha de nacimiento, domicilio, correo electrónico, una vida laboral y una declaración de bienes por citar algunas donde

³¹⁴ Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. Disponible en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/inscripcion_ficheros/preguntas_frecuentes/glosario/index-ides-idphp.php

constan valoraciones económicas y retributivas) en el momento de la aceptación del cargo, aprobación de oposición, nombramiento y posterior toma de posesión, dejan de ser tales para convertirse en información pública en el momento en que han de ser alardeadas o son susceptibles de solicitud.

Recordar que con estos datos hoy día es sencillo reservar un vuelo, registrarse en webs y portales, bolsas de trabajo, solicitar presupuestos y un largo etcétera nada baladí para la cibersociedad que induce a la facilidad de la suplantación de identidad, comisión de delitos de acoso, estafa, extorsión o cohecho en la era digital. No solo es, por tanto, una información susceptible de solicitud, que también, sino que normalmente por el modelo activo de transparencia son fácilmente localizables en canales afines al entorno al que pertenezca el sujeto público muchos datos personales.

Acto seguido la pregunta al hilo sería cómo se trata este conflicto. Pues bien, la STC 292/2000, de 30 de noviembre³¹⁵ aserto algunas cuestiones al respecto como la importancia de *“controlar la información personal informatizada, con el fin de asegurar la libertad del individuo frente a los peligros derivados de la acumulación de información personal, el derecho independiente del derecho al honor, intimidad personal y familiar [...] El contenido del derecho a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso [...] Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”*. Además de esta, hay

³¹⁵ Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000. Promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales. Nulidad parcial de varios preceptos de la Ley Orgánica. BOE núm. 4, de 4 de enero de 2001, pp. 104-118 (15 págs.)

otras como las SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 143/1994, 151/1997, 156/2001, 70/2002, 115/2013, 37/1989, 142/1993, 7/1994, 57/1994, 207/1996, 234/1997, 70/2002, 37/1989, 7/1994, 95/1999, 207/1996, 234/1997, 70/2002, 25/2005, las cuales ya afrontaban estas problemáticas y señalaban la importancia y la necesidad de trabajar los límites atendiendo a los bienes jurídicos protegidos por la CE y a los derechos fundamentales.

Ante esto nuestro ordenamiento dispone de unos criterios de ponderación, ya demandados desde escalas supranacionales³¹⁶, respecto a la forma de calibrar los dos preceptos en cuestión, el art. 15 LOPD y el art. 14 LTBG (seguridad nacional, defensa del Estado, procesos judiciales en curso, secreto profesional, intereses económicos, la inspección o control administrativos), que a diferencia de los relativos a la protección de los datos de carácter personal, no se aplican directamente, sino que pueden ser aplicados en función de una ponderación³¹⁷. Atendiendo a esta ponderación preceptiva que como sabemos habilita el CTBG y la AEPD, si una información solicitada contuviese información expresamente protegida acerca de la ideología, afiliación política o sindical, religiosa y sobre creencias (art. 7.2 LOPD), el acceso única y exclusivamente se podrá permitir en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que el afectado hubiera manifestado públicamente los datos previamente a la solicitud de la información en cuestión.

³¹⁶ La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, que a propósito de la interpretación de varias directivas en las mencionadas materias (Directivas 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2004/48/CE y 2002/58/CE), declaraba la necesidad de procurar garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales y demás principios protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, como lo constituía el principio de proporcionalidad. y Desde otra perspectiva, esto es, la del acceso por parte del interesado a sus datos personales, conviene destacar, en lo relativo al contenido, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de julio de 2014, asuntos acumulados C-141-12 y C-372-12, que declaraba, respecto del solicitante de un documento de residencia, que éste ostentaba un derecho de acceso a todos los datos personales que fueran objeto de tratamiento por las autoridades administrativas nacionales, siendo suficiente para dar por satisfecho ese derecho si se facilitaba al solicitante una idea completa de esos datos de forma inteligible.

³¹⁷ Criterios acordados conjuntamente por el CTBG y por la AEPD que se encuentran disponibles en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/criterios_art_15/index-ides-idphp.php

Además, con carácter general y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos, indica el criterio que se concederá siempre el acceso a información pública solicitada que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización su funcionamiento o actividad pública. Cuando dicha información no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano concederá el acceso previa ponderación razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada en general y en particular su derecho fundamental a la protección de datos.³¹⁸

Respecto a las relaciones de puestos de trabajo, organigramas, directorios, catálogos o plantillas orgánicas, con o sin identificación de los empleados o funcionarios públicos ocupantes de los puestos, insta el criterio también a que se consideren los datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, de modo que se conceda el acceso solicitado. No obstante, añade el criterio que cuando el empleado público ocupe un puesto de especial confianza, un alto cargo o que se provea mediante un procedimiento discrecional, ha de entenderse que prima el interés público sobre los derechos a la intimidad o la protección de datos.

Si por otro lado nos referimos a la información referente al puesto de trabajo desempeñado o a las retribuciones podemos decir que el órgano responsable está sujeto a la facilitación de lo solicitado que verse sobre retribuciones correspondientes al personal eventual de asesoramiento y de confianza al directivo (*“...identificado como tal en los Estatutos de las Agencias Estatales, los Organismos y los Entes públicos, Subdirectores Generales, Subdelegados del Gobierno en las provincias y cargos equivalentes en las fundaciones públicas y sociedades mercantiles...”*) y no directivo pero de libre designación, al eventual, asesores personales, cargos de confianza, a los asesores en los Gabinetes de Ministros y Secretarios de Estado (aunque sean

³¹⁸ Así lo resume y estudia la autora recomendable en esta temática ÓRTEGA EXPÓSITO, G., “Transparencia versus Protección de Datos”, www.elderecho.com. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Proteccion-Datos-transparencia-cesion-datos_11_1034680001.html

funcionarios de carrera en situación excedencia por prestación de servicios especiales o en el sector público).

En este caso, la preponderancia del interés general sobre los derechos individuales es menor en función del nivel jerárquico del trabajador o funcionario, considerándose que en los puestos de nivel 28 y 29 prevalece el interés público en la divulgación de la información sobre el interés individual en la preservación de la intimidad y que en los puestos de niveles inferiores prevalece el interés individual en la protección de los derechos fundamentales citados. He aquí una discriminación en la transparencia laboral importante entre trabajadores de abajo a arriba.

Un ejemplo práctico, atendiendo siempre a los criterios de ponderación establecidos por el CTBG y la AEPD, es el caso del personal no directivo que ocupa puestos de nivel 30 de libre designación (Vocales Asesores, Asesores Técnicos...) en que se entendería que prepondera el interés público sobre el personal cuando se trata de puestos de carácter ejecutivo o que tienen intervención directa en el proceso de toma de decisiones del órgano. En este caso prevalece el interés individual cuando se trata de puestos de carácter ordinario con funciones de asesoramiento técnico especializado. En todo caso, la información sobre las retribuciones se facilitará siempre en cómputo anual y en términos íntegros, sin incluir deducciones ni desglose de conceptos. Es también por esta razón por la que no existe igualdad en la protección de datos de los empleados de un mismo organismo ni entre organismos o entre los trabajadores de un organismo público y un ente privado.

A continuación se va a acometer la cuestión del régimen sancionador de la LTBG y LOPD y del Delegado de Protección de Datos en una valoración y realizando sugerencias al respecto. En este apartado dentro del capítulo entraremos a valorar dos de las últimas novedades en el plano de la transparencia que resultan de interés en derecho, las diferencias entre el régimen sancionador de transparencia y de protección de datos y la nueva figura que desde la UE se introduce. El primer lugar destaca una diferencia notable también entre legislaciones sobre el régimen sancionador a aquellos que incumplan lo que respecta a la protección de datos se encuentra en el Título VII de la LOPD en virtud del cual se establecen las “*Sanciones e Infracciones*” (arts. 43 y 49

LOPD). En este cuerpo encontramos sanciones económicas que oscilan entre de la multa de 900 a 40.000 euros de las leves (art. 45.1 LOPD) hasta los 300.001 a 600.000 euros las graves (45.3 LOPD). Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año (47.1 LOPD).

Por contraparte, alojado en el Título II de la LTBG “*Del Buen Gobierno*” encontramos lo que a infracciones y sanciones en transparencia se refiere (arts. 27 a 32 LTBG). En el art. 28 LTBG se disponen como infracciones muy graves todas aquellas que en calidad de culpable un sujeto cometa en materia de gestión económica. Es cierto que la ley estatal expone infracciones relacionadas más con conductas que contravengan a lo que se entiende como buen gobierno en contra de las infracciones que lo que dispone el legislador autonómico el cual recoge infracciones en materia de transparencia y acceso a la información exclusivamente. El art. 32 LTBG por su parte plantea unos plazos de prescripción de las sanciones e infracciones “de cinco años para las infracciones muy graves, tres años para las graves y un año para las leves”.

En definitiva parece ser más disuasorio y duro el régimen sancionador de la LOPD en términos de sanciones pecuniarias (600.000 sobre los 400.000 euros de la LTBG) que aunque dedica menos articulado establece aunque en términos de prescripción son mismos plazos. Es acertado que la propia LOPD, con una redacción mejor, contenga de forma completa ciertos extremos sobre sanciones pues como veíamos en otro apartado analítico de la tesis, la LTBG no posee sanciones pecuniarias sino que ofrece al legislador autonómico la facultad de establecer estas cuestiones aunque este tema será tratado en el reglamento que desarrolle dicha ley que ahora mismo se encuentra en fase de anteproyecto.

Finalmente en referencia al Delegado de Protección, el 14 de abril de 2017 el Parlamento Europeo aprobó el nuevo Reglamento europeo de Protección de Datos relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos³¹⁹, en virtud del cual se deroga la antigua Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de

³¹⁹ Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5419-2016-INIT/es/pdf>

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 datos³²⁰. Este Reglamento, vinculante inmediatamente³²¹ sin necesidad de publicar los Estados miembro leyes de transposición a sus ordenamientos jurídicos como ocurre con las Directivas, compila toda la normativa de protección de datos a escala comunitaria y por tanto, para todos los Estados miembro.

Dentro del nuevo Reglamento de Protección de Datos, de los arts. 37 a 39, la gran novedad sin duda es la instauración de la figura del llamado “*Delegado de Protección de Datos*” (En adelante DPD). El DPD es un jurista especializado en derecho de protección de datos de carácter personal, que se crea al lado de las figuras del responsable y del encargado del tratamiento de los datos.

Entre las funciones del DPD se encuentran la de informar y asesorar a los responsables y encargados del tratamiento de datos, supervisar el cumplimiento de dicha legislación y de la política de protección de datos, ofrecer el asesoramiento que se le solicite para hacer la evaluación de impacto de un tratamiento de datos personales, cooperar con las autoridades de control (AEPD) y la de actuar como punto de contacto de las autoridades de control para cualquier consulta. Parece ser que, por tanto, el DPD es la figura a la que el ciudadano interesado ha de acudir para todas las cuestiones relativas al tratamiento de sus datos personales. No es una figura menor por lo tanto pues hablamos de un nuevo puesto de trabajo obligatorio que puede formar parte de la plantilla de una Administración Pública, una empresa o ser vinculado a estas mediante un contrato de servicios.

³²⁰ Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 pp. 31-50. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31995L0046>.

³²¹ Entra en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE si bien será aplicable a los 2 años de dicha fecha. En este lapso tanto ordenamientos jurídicos estatales, como entramado empresarial, administraciones públicas y las propias autoridades de protección de datos deben adaptarse a las obligaciones previstas en el nuevo reglamento (arts. 9 y 10 del Reglamento).

Dicho lo cual, y atendiendo a los preceptos 5.1.a), Capítulo III Sección Primera (Art. 12 “*Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado*”), arts. 26, 40, 41, 42, 43, 53 y 88 del Reglamento, se plantea la pregunta de si sería conveniente la creación de una figura similar en el terreno de la transparencia. Otra opción es la de dotar a esta misma figura en España de las competencias en transparencia que son tan necesarias como las de protección de datos, siendo un Delegado de Protección de Datos y Transparencia.

El que escribe se inclina por esta alternativa última dado que aumentar plantillas y desdoblamiento de responsabilidades con otra figura más solo contribuye a la ineficacia, lentitud burocrática y desdoblamiento vanos. Sería esta persona la mejor encargada y más apta en manejar la ponderación en caso de conflicto de los derechos de intimidad y el de acceso a la información, siendo una figura más completa y eficaz que beneficiaría mucho más a la administración y al sector empresarial. Esta figura se complementaría estableciendo los canales de alardeo de informaciones públicas, redactaría y ejecutaría los planes de transparencia, aplicaría los estatutos jurídicos pertinentes en transparencia a cada sector y articularía el procedimiento de acceso a la información en dichos ámbitos.

En conclusión, si bien es cierto que los órganos judiciales y administrativos se han pronunciado al respecto, tratando de ponderar en cada caso intereses enfrentados como lo son la publicidad y la privacidad, no es menos cierto que aún es un terreno por consolidar normativas y criterios dentro del respeto a los derechos personalísimos y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Por ello, la conjugación entre protección de datos y transparencia está descubierta en España pero es aún un campo moderno y joven en desarrollo a pesar de la importancia que supone y los esfuerzos alcanzados. Actualmente está presente la desigualdad en el derecho a la intimidad entre un trabajador del sector privado la de una persona dedicada a la representación, enjuiciamiento o legislación en el sector público y dentro de este sector otra desigualdad en la aplicación de obligaciones de transparencia según sea para unos otros miembros de uno u otro poder del Estado.

Elementos como el sancionador ponen un punto más de importancia a la tabla de la protección de datos por encima del derecho de acceso o la transparencia. A esto se le añade la creación de un delegado DPD con competencias exclusivas en el ámbito de la protección de datos de carácter de personal, necesario para todo tipo de organización con cierta disposición de datos o ficheros, muchos de ellos información pública que manejará alguien no especializado en la materia. Es por ello que ha de ponerse en valor la transparencia y el derecho de acceso en el entorno comunitario ampliando las competencias del DPD, igualando la cuantía de las multas de ambos regímenes sancionadores e igualando los derechos y deberes de los miembros de todos los poderes del estado o argumentando las razones para que distintos miembros públicos no tengan las mismas obligaciones en transparencia.

IV.3. Fundamentación jurídica del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental

Autores de renombre en la materia como ARANDA ÁLVAREZ han empezado recientemente a destacar los beneficios de reconocer y ascender en la CE dos elementos tan importantes como lo son la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.³²² Por ello, cómo no podía ser de otra manera, a pesar de las decenas de razones aportadas durante la obra, se concede el presente espacio al reto de acrecentar la bolsa de razones de peso para que la balanza de voluntades se incline más pronto que tarde a favor del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental.

Comparadamente ya se ha delatado el vecindario geográfico europeo con sus correspondientes estudios juris-doctrinales sobre el derecho fundamental de acceso

³²² “Si se sitúa el acceso a la información y transparencia en el marco de los derechos fundamentales se abre la puerta de forma clara para que esa forma de comportamiento público sea extensible a todos los poderes públicos y que su reclamación por parte de los ciudadanos ante incumplimientos tenga una máxima protección”. ARANDA ÁLVAREZ, E., “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, 2013, p. 226.

como un todo³²³, de donde puede sostenerse que es posible este ascenso. Esta sección parte de dos elementos, una defensa de criterios y del iusfundamentalismo. El primero, la defensa iusfundamentalista, desde la dogmática jurídica de ALEXY se define como aquella que tiene como misión el “*intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución respecto a un material*”³²⁴. En el presente espacio pues, se ejercerán los intentos de dar respuesta y solución racional a algo tan pendiente como es la determinación práctica del derecho de acceso a la información.

Respecto al segundo elemento, el iusfundamentalismo, por la concepción que ofrece CARBONELL a lo largo de su obra ha de llegarse a una conclusión de la que hay que iniciar esta sección de la tesis, esta es que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección a los intereses más importantes del ser humano. Esto es así puesto que tutela los bienes indispensables para poder desarrollar cualquier plan de vida de la manera más digna posible. En el caso que nos ocupa se defiende la idea del derecho de acceso como objeto de protección para la tutela de un bien tan necesario en nuestros días como lo es la información pública (datos, documentos, expedientes, declaraciones, partidas, archivos, registros) en posesión de la Administración Pública, sin los cuales no puede desarrollarse un plan de vida íntegro dada la sistematización de las TIC’s en el Estado.

³²³ Se va a describir un conjunto de posiciones al respecto del iusfundamentalismo del derecho de acceso en general tomando la definición de defensa del derecho fundamental como un todo de ALEXY “*Como un todo un derecho fundamental es un conjunto de posiciones iusfundamentalistas*”. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 241.

³²⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 32.

IV.4.1. El fenómeno mainstreaming de Transparencia de Estado y sus aspiraciones constitucionales para construir un derecho fundamental: Breve alusión al posible anclaje³²⁵ constitucional del derecho de acceso en la CE

Los beneficios contemplados de la Transparencia de Estado en un sistema democrático aspirante a alcanzar el Estado de la Transparencia con elementos como el derecho de acceso a la información pública se han convertido progresivamente en una corriente mundial a la que el que escribe ha calificado de mainstreaming. El mainstreaming de transparencia es la transversalización de la práctica de la filosofía, principios y actos tendentes a garantizar la probidad en cada ámbito, especialmente la expansión a la banca³²⁶, la empresa privada³²⁷, las fundaciones, las ONG además de a las instituciones a lo largo de los últimos años.

Ha sido tal el prodigio³²⁸ de expansión de la transparencia en una década en la mayoría de países que la transversalización y la Transparencia de Estado ha sido incluida en el calendario legislativo de muchos como un asunto prioritario de Estado como se describía al ser en la década de los 90 sólo 12 los países que contaban con leyes de acceso a la información pública, y 70 en 2006, sin contar los actuales y los que se encuentran en proceso.³²⁹

Decía ARANDA ÁLVAREZ que *“La transparencia y el buen gobierno son pautas de conducta pública que con el proceso de globalización cada día adquieren*

³²⁵ Término que instaura en este campo SÁNCHEZ DE DIEGO en toda su obra en alusión al remanecer de un derecho y su desarrollo respecto a los contenidos en la Carta Magna. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “El día después de la Ley de Transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, 2014, p 6.

³²⁶ Véase: <http://www.expansion.com/diccionario-economico/transparencia-bancaria.html>

³²⁷ Información sobre transparencia en empresa disponible en:
<http://www.bbvacontuempresa.es/a/que-es-la-transparencia-empresarial-y-puede-implantarse>

³²⁸ El profesor FERNÁNDEZ RODRIGUEZ así lo reconoció *“cosas que se ponen de moda, porque respecto de las cosas que se ponen de moda, como es la transparencia o —hace treinta años— la participación, etcétera”*. Diario de sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados núm. 254 de 12 de febrero de 2013, p. 37.

³²⁹ Dato disponible en: <http://www.libreexpression.es/la-transparencia-tiene-90-nombres-en-el-mundo/>

más importancia”³³⁰ y así es, son ya a nivel global más de 80 los Estados los que tienen constitucionalizado y garantizado el acceso a la información, muchos de ellos revisados en la tesis. Chile por ejemplo publicó su ley de acceso a la información pública cinco años antes que España, marcando un aldabonazo en la transparencia en la gestión pública a pesar de que este principio ya se había incluido en la carta magna de este país tres años antes de su ley de transparencia.

Si este hito pudo desembocar en el Estado de la Transparencia estructural aunque discutiblemente real, con la modificación constitucional previa a su ley de transparencia, no sería descabellado plantear un proceso inverso de implantación en España, habiendo primero promovido una conciencia social de transparencia que ahora exige el reconocimiento constitucional, por ser emergentemente fundamental en España, del acceso a la información como derecho fundamental para culminar el proceso que llega al Estado de la Transparencia, si Chile pudo con una idiosincrasia de menor experiencia estatal y democrática, España seguro que puede.

Como se viene enfatizando, la información se muestra en nuestra realidad como un auténtico valor cada día más en alza considerando las posibilidades y el poder que le otorga a aquellos que la obtienen, especialmente cuando esa obtención se produce con cierta prioridad o preferencia con respecto al resto. Este valor añadido, el poder de la información, se ha puesto de manifiesto como mayor énfasis por dos factores aparentemente contrapuestos: su rápida transmisión a través de las técnicas electrónicas de comunicación masiva y su carácter efímero vinculado a su valoración según la exclusividad en su conocimiento y por tanto a su carácter más o menos novedoso. La información de ayer conocida por todos ya no es noticia o al menos algo que podamos catalogar de noticiable desde que la información en un mundo tan telematizado, fluye con tal agilidad.

Tradicionalmente identificamos al género periodístico como aquella que prácticamente monopoliza su “gestión” influyendo en todos los campos del Estado

³³⁰ ARANDA ÁLVAREZ, E., “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, 2013, p. 214.

siendo catalogada muchas veces como el último poder dentro de un sistema de *checks and balances* y para ello, se ha reconocido la denominada libertad de prensa.

El mismo Tribunal Constitucional ha reconocido una situación especial a los periodistas al afirmar que la *“preservación de la comunicación pública libre exige tanto la garantía de ciertos derechos fundamentales como una especial consideración a los medios que garantizan la comunicación social y a las personas que profesionalmente los sirven”* y que *“el derecho a comunicar sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen la búsqueda de difusión de la información su profesión específica”*, aunque hace un cariz al señalar que *“quienes hacen profesión de la expresión de ideas y opiniones o de la comunicación de la información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio y desde luego no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad es un derecho de prestación...”*.

Es por ello que dicho monopolio en la gestión de la información pública no se ajusta a la realidad en la sociedad actual donde las fuentes de la información se difuminan y sobre todo se multiplican, estableciéndose un complejo entramado de informadores y receptores de la información del que indudablemente forma parte la Administración Pública y los ciudadanos como una variante más, especialmente por el incremento que se ha producido en los últimos años en las relaciones de los ciudadanos con Esta tanto a nivel educativo, sanitario, fiscal etc.

Se establece así un entramado de solicitudes y fuentes en el que intervienen tanto particulares como entidades públicas y empresas privadas, en las que aquellos solicitan información o el acceso a la misma a estas últimas, que la suministran o permiten al menos el acceso y viceversa, convirtiéndose en otras ocasiones los propios particulares en fuente de información o proveedores de datos gratuitos ante el requerimiento de las entidades públicas o empresas privadas, debiendo respetar en cualquier caso distintos límites, distinguiendo la existencia o no de una obligatoriedad *a priori* en el suministro de dichos datos.³³¹

³³¹ Ver SOTO LOSTAL, S., *El derecho de acceso a la información*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

Antes de desarrollar el capítulo, y a propósito de la alusión al posible anclaje constitucional, es de necesidad proponer brevemente los posibles anclajes que nuestro texto fundamental ofrece al derecho de acceso a la información pública. Los únicos artículos susceptibles de relacionarse con tal derecho en todo el texto constitucional son cinco: el art. 10 CE, art. 20 CE, art. 23 CE, art. 24 CE y art. 105 CE. La doctrina española en general y autores concretos como DÍEZ PICAZO³³² o MORENO GONZÁLEZ³³³, como comprobaremos en este capítulo, no son del todo homogéneos a este respecto. Cuando se trata de definir con precisión cuántos y cuáles de los derechos redactados en la CE se han de entender como fundamentales.

En primer lugar, el décimo precepto de la CE viene a condicionar las interpretaciones atendiendo a la valoración internacional que a nuestro país influye. Así, han de citarse el art. 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos aplicado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas aplicado por el TEDH. El anclaje con el principio democrático de la CE, así como la aplicación del apartado segundo del art. 10 CE son los principales elementos aducidos por los autores que defienden esta postura.³³⁴ Por estas razones puede y debe reconocerse que goza de consideración de derecho fundamental en el campo del derecho internacional público de los derechos humanos.

El anclaje en el art. 20 CE en virtud de la cláusula del expuesto art. 10.2 CE proyecta una interpretación extensiva del apartado b) del primero. Salvando obstáculos doctrinales, sería posible este anclaje y no encontraría parangón ninguno en el TC que no podría pronunciarse en contra de un hipotético futuro derecho fundamental de acceso a la información recogido en una Ley Orgánica de Transparencia tal como pone de

³³² DIEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 51.

³³³ MORENO GONZÁLEZ, G., “El derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia: Una aproximación constitucional”, *Eunomía*, núm. 8, 2015, p. 99 y ss.

³³⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 350 y ss.

manifiesto la historia jurídica respecto a derechos fundamentales emergidos y emergentes. Un ejemplo de esto es la LOPD y el derecho a la intimidad anclado en el art. 18.4 CE con mucha menos fijación que la propuesta de anclaje del acceso en el art. 20 CE y sin embargo fue posible.³³⁵

En cuanto a esta vinculación con preceptos de calidad democrática, los arts. 23 y 24 CE (participación ciudadana en los asuntos públicos y la tutela judicial efectiva), se ha de actuar con más mesura y escepticismo pues las razones de anclaje son más de complemento que de fundamento. La escueta doctrina que aboga por este anclaje la defiende en bloque, complementando al art. 20.1 d) CE, aludiendo al propio contenido del art. 23 CE, en su propia garantía y también en el derecho a un derecho procesal en estrados en los que el acceso a la información es imprescindible.³³⁶

Finalmente el anclaje en el art. 105 CE es harto conocido habida cuenta de que ya hemos podido comprobar que antes de la LTBG la única protección y desarrollo a este derecho estaba recogida en el art. 37 LRJPAC (derecho de acceso a Archivos y Registros). Existe aquí un sector de la doctrina como SOTO Y LOSTAL³³⁷ O EMBID IRUJO³³⁸ que creen al art. 105 b) *per se* desangelado de todo anclaje imaginable con ninguno de los derechos del Título Primero y que lo excluye de esa posición por razones conservadoras o geográficas, y lo que no provenga taxativamente de dicho título no puede considerarse fundamental. A día de hoy este, el art. 105 CE, ha sido el anclaje escogido por el legislador en lo que algunos podemos opinar que es un derecho muy limitado que no cumple lo contemplado a nivel internacional porque según esa

³³⁵ GUICHOT. E., (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 46.

³³⁶ BLANES CLIMENT, M.A., *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 209.

³³⁷ SOTO LOSTAL, S., *El derecho de acceso a la información*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 42 y ss.

³³⁸ EMBID IRUJO, A., *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de sus consagraciones legislativas*, La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, p. 732 y ss.

redacción no es toda la información accesible ni por todos accesible que es el objetivo que debería cumplir.

IV.4.2. Posicionamiento doctrinal

Las razones doctrinales que sustentan el iusfundamentalismo del derecho de acceso desde el primer posicionamiento con la LRJPAC, el posicionamiento intermedio con el anteproyecto de la LTBG³³⁹, hasta el momento actual dan fe del proceso evolutivo constante que ha tenido, el interés suscitado en la doctrina y el enfrentamiento de posiciones. El panorama constitucional y preconstitucional analizado por sus normas evidencia el carácter estático del derecho de acceso a la información pública, que se prolonga en la práctica hasta la presente, y esta seguiría siendo la dinámica de no ser por un naciente movimiento aperturista transversal.

El contexto de corrupción y la irrupción de la transparencia y el acceso libre como contrapeso en ámbitos transversales como el de la empresa, el medio digital o la Administración dieron paso a una etapa que reivindica el derecho de acceso como derecho fundamental en la que humildemente me incluyo con fines de consolidación y ampliación. Así pues, podemos decir que ha habido dos etapas diferenciadas con el antes y después de las TIC's y la LTBG como punto de inflexión. Una etapa negacionista y conservadora que, sin negar taxativamente el iusfundamentalismo lo administrativiza y por ende no llega nunca a considerar como tal el derecho de acceso a

³³⁹ BOCG, Congreso, Serie A, nº 19-1, 7 de septiembre de 2012. El posicionamiento intermedio generado tras dicho anteproyecto que consideraba de una forma controvertida el acceso a la información en su exposición de motivos *“transparencia y derecho de acceso a la información dan sustancia al ‘derecho a saber’ de los ciudadanos, también es evidente que su eficacia complementa y refuerza la del derecho fundamental a recibir libremente información del artículo 20.1.d de la CE, un derecho del que depende la posibilidad misma de la existencia de la opinión pública, elemento indisociable del pluralismo político propio del Estado democrático”*. Las enmiendas al anteproyecto quedan recogidas en el BOCG, Congreso, Serie A, nº 19-3, de 2 de julio de 2013 donde se muestra que las efectuadas a la totalidad van respecto a la consideración iusfundamental del derecho de acceso y de orgánica a la futura LTBG.

pesar de tenerlo como derecho constitucional relegado y que asiste a algunos derechos fundamentales³⁴⁰.

Una nueva etapa es la que se forja con un sector iusfundamentalista en la postura opuesta que modela absolutamente el derecho de acceso como derecho fundamental por su relación de dependencia vital con derechos fundamentales situados del art. 14 al 19 CE. Desde las primeras oídas de anteproyecto de ley de transparencia, pasando por las comisiones del parlamento en su redacción llegando a nuestros días, este nuevo enfoque doctrinal supedita el derecho de acceso al derecho a ser informado principalmente, pero se encuentran también aquellos autores que reconocen que el derecho de acceso a la información pública se vincula a otros derechos fundamentales como al derecho de expresión o participación en la cosa pública. Aparentemente los citados autores de la etapa negacionista no tuvieron un contrapeso doctrinal que permitiera una dicotomía fluida durante el siglo XX español pues era hasta la fecha la línea aceptada por lo que más que numerosos, estos autores son representativos de la asunción hasta la aparición del sector iusfundamentalista influido por la realidad comparada, contrastada, adaptada y evolucionada.

En la primera etapa, pueden destacarse expertos como el profesor FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, escéptico vitalicio a sumar derechos fundamentales y reconocido negacionista³⁴¹ o a ÁLVAREZ RICO como negacionista de la faceta iusfundamental del derecho en cuestión y que lo atasca sin movilidad alguna a la escala de derecho administrativo. Este último hablaba del derecho de acceso a los documentos administrativos y no a la información pública además de relacionar este derecho con el

³⁴⁰ En este sentido el doctor RIDAO MARTÍN considera que el acceso a la información pública no puede ya ser limitado en razón de otros derechos fundamentales u otros derechos o bienes constitucionales, RIDAO MARTÍN, J., “La regulación de la transparencia y del acceso a la información pública en la esfera autonómica. Un estudio comparado”, *Revista General Derecho Constitucional*, núm. 19, 2014, p. 7.

³⁴¹ “Estoy hasta el pelo y más arriba de derechos. Todo el mundo se le llena la boca diciendo derechos y nadie hace lo que tiene que hacer. De derechos fundamentales, con los que tenemos, sobra. Me parece, es mi opinión, que tenemos bastante con lo que tenemos”. Diario de sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los diputados Núm. 254 12 de febrero de 2013 Pág. 43

art. 20 y el art. 105 CE.³⁴² Otra doctrina de la misma etapa aparentemente negacionista no es otra que la del doctor POMED SÁNCHEZ, el cual sí que se refiere al derecho a la información frecuentemente³⁴³ y hasta lo vincula con el principio de transparencia en el sector público (naciente del principio de publicidad del art. 9 CE) pero no habla de un derecho de acceso autónomamente humano ni fundamental en la vida pública aunque lo vincula con el art. 23.1 CE³⁴⁴. Ambos autores rondan vinculaciones con derechos fundamentales sin catalogar en ningún momento el derecho de acceso como tal, quedándose en la esfera de instrumental y conformista con el papel administrativo que actualmente ostenta.

Además de los nexos instrumentalistas no dejaba de haber en esta etapa criterios autónomos de negación, especialmente antes del año 2000, como puede ser EMBID IRUJO, el cual distanciaba cualquier estilo de configuración como fundamental al derecho de acceso a archivos o registros. Según este, su situación constitucional es el criterio máximo de interpretación y maniobra, por el que su ubicación en el art. 105 b) CE y no situada entre los arts. 14 a 29 CE no lo permite en ningún caso ni por influencia posible de declaraciones internacionales. Actualmente este es un criterio³⁴⁵ pobre,

³⁴² ÁLVAREZ RICO, M., “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *Documentación Administrativa*, núm. 183, 1979, p. 111.

³⁴³ “La constitucionalización del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos supone, y en primer lugar, una especificación para un ámbito funcional concreto del derecho a la información, que recoge con carácter general el art. 20.1.d) CE”. POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989, p. 110.

³⁴⁴ Parte de la postura de la idea de la interrelación entre el derecho a la información, concretamente en el campo de la documentación pública y el derecho a la participación por lo que la titularidad, entiende el autor, del derecho de acceso a la información la sitúa no en el derecho a la información pública sino en el de participar en los asuntos públicos. POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989, pp. 96 y 160.

³⁴⁵ Las razones teóricas iusfundamentalistas para ratificar la defensa de la línea de EMBID IRUJO son puramente descriptivas, sin señalar razones de peso contrastadas cercanas a esta postura como la de ALEXY, el cual apuntaba al iusfundamentalismo desde dicha situación de los derechos en las redacción epistolar comentando que “los derechos fundamentales son aquellos que pertenecen solo y exclusivamente al fundamento mismo del Estado y que por tanto son reconocidos como tales en la

conformista con la realidad jurídica, apalancado en el inmovilismo sin oportunidad a la evolución constitucional y alejada del escepticismo del que pretenda acercar la realidad jurídica a la realidad social. No obstante y pesar de ello, EMBID IRUJO descafeinó la técnica afirmación sobre el derecho de acceso continuando con que se trata de un derecho subjetivo configurado legalmente que se posee en tanto en cuanto se tiene la condición de ciudadano o ciudadana admitiendo que existe una conexión específica de este derecho subjetivo con algunos derechos fundamentales como el de expresión y participación política de los arts. 20 y 23 CE, como ya lo hacían sus homólogos negacionistas, pues sin el acceso no habría reales posibilidades de participación política.³⁴⁶

Como es propia en esta etapa, el mismo EMBID IRUJO asumía que aunque el derecho de acceso sea de configuración únicamente legal y no pueda hablarse de un contenido esencial del derecho, ello no permite entregar a la ley incondicionalmente la regulación del mismo hasta el punto de que pueda afirmarse la posibilidad de que la ley vaciara en la realidad la misma existencia del derecho.³⁴⁷ Además de juristas profesionales, existen posiciones negacionistas en el seno del Poder Legislativo como la del parlamentario GÓMEZ DE LA SERNA, el cual durante el debate comisionario sobre la naturaleza del derecho dubitaba la defensa que algunos expertos como GUICHOT o SÁNCHEZ DE DIEGO habían esgrimido amparándose en que el margen de maniobra lo marca la inamovible CE por “*una situación constitucional que nos viene*

Constitución”. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 63.

³⁴⁶ EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1994, p. 92.

³⁴⁷ Argumenta también que el legislador podrá desarrollar las causas que, según la Carta magna, excepcionan el principio constitucional e incluso añade otras que guardan relación de conexión con ellas o que vinculan a otros elementos constitucionales y en la línea del sector, niega la cercanía a ser derecho fundamental llegando a tachar de “*violación constitucional*” la regulación que se aleje del art. 105 CE. EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1994, p. 94.

dada”³⁴⁸ y que no daría lugar a ningún reconocimiento más que el que tiene el acceso en el art. 105 CE. En dicha ocasión, compañero de posición fue OLABARRÍA MUÑOZ, profesor que atacó la defensa del derecho de acceso como derecho fundamental desde el art. 20 CE añadiendo que la defensa por conexión son “*fórmulas un tanto imaginativas o espiritualistas, dar per saltum al artículo 20 de la Constitución Española el carácter o la legitimación del derecho a la transparencia de los ciudadanos cuando el sentido jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional en relación con el artículo 20 es garantizar la información a los medios de comunicación, y esa ha sido linealmente la jurisprudencia con relación a este precepto*”.³⁴⁹

Por contraparte y con el punto de inflexión del nuevo milenio se abre otra tendencia, otra etapa donde se empieza a alinear un amplio sector iusfundamentalista³⁵⁰ en el que se posicionan autores varios de calado reformista influidos por exigencias de derecho comparado, por la nueva dimensión digital de la vida³⁵¹ y fruto todo ello del iusfundamentalismo del acceso. Durante la tramitación legislativa de la LTBG algunos de estos autores libraban la defensa de esta cuestión y ello avala la existencia de

³⁴⁸ GUICHOT llegó a afirmar “*me parece difícil cuestionar a día de hoy que el acceso a la información sobre la gestión pública, que solo está en poder de la Administración y que contribuye de forma esencial a la formación de una opinión pública informada, no esté dentro del derecho fundamental de la libertad de información*”. Diario de sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados núm. 254 de 12 de febrero de 2013, p. 32.

³⁴⁹ Diario de sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados núm. 254 de 12 de febrero de 2013, p. 41.

³⁵⁰ Aquí encontramos además de los constantes elementos de derecho comparado y autores que a continuación van a referirse, autores a los que hemos aludido con asiduidad como VILLANUEVA, E., RUIZ-RICO RUIZ, C., RIDAO MARTÍN, J., MENDEL, T., RAMS RAMOS, L., COTINO HUESO, L., o SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., O VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., por citar algunos.

³⁵¹ SÁNCHEZ DE DIEGO se refiere a este importante cambio en la vida y el contiguo cambio que debe experimentar el ordenamiento jurídico, especialmente en derechos fundamentales cuando dice que la “*configuración de un derecho que se encuentra dentro de una evolución continúa en aras de dar respuesta a los problemas que se plantean a medida que se desarrolla la sociedad*”. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *Un derecho fundamental a acceder a la información pública, El derecho de acceso a la información pública, Actas del Seminario Internacional Complutense*, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008, p. 41.

posiciones. Uno de los defensores doctrinales es VILLORIA Y MENDIETA, el cual alegaba en las sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso que *“En primer lugar, como muchas veces se ha dicho, hubiera sido ideal que la ley se fundara en el artículo 20 de la Constitución española y no en el art. 105.b) CE porque de alguna forma hubiéramos constitucionalizado como derecho fundamental la transparencia”*³⁵². Llama la atención la fiebre iusfundamentalista naciente a partir de la administrativización del derecho de acceso en la LTBG, posiblemente porque se esperaba un cambio de rumbo y su estético pero estático resultado final ha dado impulso a muchos investigadores a dar el paso de la motivación crítica opuesta. Este movimiento generalizado nos avala para hablar de una etapa iusfundamentalista que alcanza desde aquel momento hasta la actualidad más reciente.

Como se adelantaba, se recogen diferentes tipos de posturas doctrinales, tanto los que rotundamente valoran de fundamental el derecho de acceso como los que parcial y sucintamente así lo consideran por su vinculación a otros derechos fundamentales. CARBONELL es uno de los primeros al diferenciarse de muchos otros iusfundamentalistas pues no se queda en una ligazón o vinculación sino que va más allá y defiende la constitucionalización del derecho de acceso a la información por sí misma y de forma exclusiva desde las disposiciones propias de la constitución como base del derecho natural, la esencia de la que parte la teoría del derecho y que sería respuesta a los negacionistas por ubicación. Esta defensa autónoma desde la garantía de los bienes y servicios indispensables ha de ser razonada aunque controvertida claro está, puesto que no es el derecho, aunque pretenda, una ciencia exacta que determine lo que es o no básico para cada sujeto.

CARBONELL en esto se lanza a señalar que esta protección de lo básico opera de distintas suertes³⁵³ que llegan a elementos fundamentales de la persona. Cuando el

³⁵² Diario de sesiones núm. 308 de 24 de abril de 2013 disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-308.PDF pp. 2-4.

³⁵³ La protección de estos bienes básicos opera para el investigador estudiado de distintas maneras que son *“a) En relación a la posibilidad de darle contenido, calidad y sustancia a otros derechos fundamentales y b) Darle el valor autónomo que tiene la información como bien jurídico”*.

profesor determina que el derecho de acceso a la información pública se relaciona íntimamente con el de libertad de expresión, con los derechos electorales y “*más en general*” con la concepción democrática del Estado contemporáneo no hace otra cosa que señalar elementos básicos de la persona dado que la libertad de expresión no tiene contenido sin la información de la misma manera que no puede ejercerse correctamente el sufragio sin la información oportuna para poder ejercerlo si quiere hacerse racionalmente.

Esta reflexión lleva a plantearse el valor del derecho en un modelo de gobernación, así el derecho de acceso a la información y el valor del mismo en una democracia ha de tutelarse a fondo si quiere garantizarse una democracia real y qué mejor forma de hacerlo que con la iusfundamentalización del derecho de acceso. En esta línea de defensa CARBONELL hace tesis desde la antítesis al señalar³⁵⁴ que en las dictaduras y regímenes autoritarios de corte despótico y populista ha sido siempre común el poner palos en la rueda del que ha intentado poner luz sobre el ejercicio administrativo y de gobierno que se ejercía. Así expuesto queda que lo diametralmente opuesto, un gobierno realmente democrático, actúa de manera totalmente abierta, es decir, acotando al máximo el secreto para permitir un libre acceso a la información y qué duda cabe que la mejor forma es la iusfundamentalización.

Otro histórico de la etapa es el doctor MESTRE. Aunque sus ideas no son muy alejadas³⁵⁵ de las de POMED SÁNCHEZ, nos ofrece un sólido fundamento de defensa por conexión en el iusfundamentalismo del acceso cuando habla del derecho de acceso a

CARBONELL. M., *El derecho de acceso a la información como derecho fundamental, en Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, UNAM, México, 2006, p. 7.

³⁵⁴ Señalando que las dictaduras se caracterizan por “*ejercer poder en secreto de forma que el pueblo no solo no tuviera ninguna participación en el Gobierno sino que incluso, hasta donde fuera posible, no tuviera ningún conocimiento de lo que hacían sus gobernantes*”. CARBONELL. M., *El derecho de acceso a la información como derecho fundamental, en Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, UNAM, México, 2006, p. 10.

³⁵⁵ Se aleja de POMED cuando a propósito de las Entidades Locales además de la vinculación del derecho de participación añade y se decanta por el de derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23.2 CE.

la información pública como el derecho a participar en los asuntos públicos donde el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos es un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho fundamental recogido en el art. 23.1 CE³⁵⁶ “*Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos...*”. En particular, el singular caso español sin un derecho constitucional expreso ni fundamental reconocido a la información pública, ha desembocado también en su constitucionalización indirecta a través del derecho de participación en los asuntos públicos del art. 23 CE aunque con efectos distorsionadores. Esto se debe a que sólo se reconoce un derecho fundamental de información pública a los representantes políticos, pero no a los ciudadanos representados. La consideración de un mismo derecho con una naturaleza dual según su ejercicio resulta, no obstante, difícil de asimilar desde una perspectiva constitucional, especialmente por actuar en ambos supuestos como un medio para el ejercicio de derechos fundamentales y no como un fin en sí mismo.

El derecho de información pública da una cobertura dependiente tal a los derechos humanos que son un fundamento más para sostener el derecho de acceso como derecho fundamental pues abre también una brecha entre sus titulares cuya constitucionalidad se puede cuestionar por adolecer de una justificación objetiva y razonable desde el principio y derecho de igualdad. Esto es así ya que la reserva de la información pública con el rango de derecho fundamental es sólo para los representantes políticos en base al *ius in officium*, sin que los ciudadanos tengan garantizado el acceso a la misma documentación. En este aspecto se encuentra otra pequeña razón iusfundamentalista por la que debe darse el paso.

Dicho lo cual, MESTRE muestra una cierta reticencia iusfundamentalista en su interpretación del art. 105 b) CE donde se refiere al mismo para adjudicárselo a los medios de comunicación con fines periodísticos con lo que solo ellos podrían acceder para investigar a registros y archivos para difundir mediáticamente y satisfacer la formación de opinión pública y el derecho fundamental de comunicar libremente con lo

³⁵⁶ MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p 71.

que el derecho de acceso se queda en rango de instrumental para este gremio, único sujeto de derecho del precepto³⁵⁷. Aunque expuesto el vínculo, esta línea concreta de interpretación no se comparte en esta tesis ni en esta etapa en el caso de que el derecho fundamental de acceso fuese solo garantizado por el sector periodístico como canal transportador de información, pues esto tiene reminiscencias censoras y represivas.

La dependencia del derecho de acceso a la información pública con otros bienes fundamentales como la expresión es otro fundamento de peso iusfundamental. Así, el derecho fundamental del art. 24.1 CE, por ejemplo, no es entendible para el autor si no puede accederse a expedientes que brindan información básica para posicionarse en una causa, tomar medidas y actuar conforme a derecho procesal así que de nuevo el derecho de acceso sería muleta instrumental del derecho a la tutela judicial también. MESTRE sigue una conexión similar con otros derechos primarios como con el derecho al honor o a la intimidad, pero no como instrumental sino como límite extraído de su literalidad.

En esta conectividad como fundamento podría alegarse de nuevo la del acceso con el art. 20 CE pues si ha de expresarse algo, ese algo muy posiblemente haya estado antes en otro lugar antes que en posesión del expresado. Si un documentalista, un analista, un estudioso o sus asimilados poseen sobre lo público una información que va a exponer y expresar es porque previamente se hayan nutrido de esa información y hayan necesitado acceder siendo esto requisito *sine qua non*. En esta lid está DESANTES, un autor que defiende que los fundamentos jurídicos del derecho a la información del iusfundamental art. 20 CE conectan con los que sujetan el art. 105 b) CE y que el reconocimiento del derecho de este está inadecuadamente situado en la carta magna por no ligar su punto b) en comparación con el punto a) o el punto c)³⁵⁸.

³⁵⁷ Aunque el que escribe admira a este autor en sus investigaciones, cree que se concede licencias interpretativas excesivas partiendo de la escueta redacción del art. 105 CE pero entendibles desde el momento en el que investiga en que aún no explotó la revolución de las telecomunicaciones masivas. MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 80 y ss.

³⁵⁸ DESANTES GUATER, J., *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Eudema, Madrid, 1987, pp. 160 y ss.

Los autores iusfundamentalistas totales o parciales coinciden también en interpretar el derecho de acceso desde la libertad de información del art. 20 CE, que engloba muchos derechos como el de investigación, emisión y recepción de contenido informativo, pero no cabe duda, como se indicaba, que para enseñar hay que aprender como para informar hay que informarse pues no es el conocimiento *ipso facto* o ciencia infusa, con lo que si no hay derecho a informarse, el derecho a informar sería más un arte que una ciencia exacta y de tocada veracidad empírica. Por esta razón acotan el derecho a informarse y a investigar a los que profesionalmente se dedican a ello. Hoy día esta línea es refutable aludiendo a la realidad digital de un mundo en el que las TIC's convierten el pulgar en un canal de emisión de contenido informativo por lo que cada individuo puede emitir información sin tener que dedicarse profesionalmente a ello y donde la titulación académica que certifique una profesión según investigaciones, es cada vez menos requerida.

Al hilo de la interpretación desantiana y del hecho digital de las TIC, cabe señalar que la actual legislación tiene algunas taras prácticas en sus inicios respecto a la acotación de derecho a informarse aún, pues en el ejercicio de solicitud ante el PTBG, se dota del derecho a informarse solo a los ciudadanos españoles que posean DNI electrónico y de lector de tarjetas. Aquí encontramos una clara situación de discriminación informativa o brecha digital entre los que tienen o no tienen posibilidad de adquirir estos mecanismos y de aprender los conocimientos necesarios para su uso.

Respecto a que el Estado solo libera información para los medios de comunicación y estos son los únicos que la emiten, se entendería un supuesto evidente, que quedaría mucha información sin emitirse al libre albedrío de lo que los medios de comunicación consideren o no necesario o emisible para satisfacer deberes que tienen y los intereses populares. Además, qué información llegaría si ha de ser procesada por medios vinculados siempre a opiniones y vinculaciones con lo que la calidad e imparcialidad de la información quedaría maltrecha de plano. En nuestros días afortunadamente la transparencia de las Administraciones por medio de sus portales y otras TIC hacen que el Estado facilite información a todos los ciudadanos interesados sin pasar por los medios.

Con esta nueva realidad digital no contaba inicialmente el admirado profesor SÁNCHEZ DE DIEGO, miembro de esta etapa e inspirador para el que escribe, en su encarnizada defensa³⁵⁹ del iusfundamentalismo del acceso el cual se amparaba en la desarrollada y consolidada estructura en transparencia, la conciencia, la exigencia social y el derecho comparado aunque más tarde incluyó razones de acceso digital como otro elemento de su defensa.

Como vemos, el acceso a la información pública no sólo se constitucionaliza como derecho fundamental por la influencia general internacional³⁶⁰ y la específica europea³⁶¹ ni por razones de influencia comparada de Estados sino por la osmosis

³⁵⁹ Proponía el mismo autor hace casi 10 años que *“El reconocimiento como derecho fundamental (del derecho de acceso a la información pública), si se incardina dentro de los derechos especialmente protegidos de la Constitución Española que se encuentran en los artículos 14 a 29 –más la objeción de conciencia militar-, va a suponer una triple protección según establece el artículo 53 de la Constitución: su desarrollo debe realizarse mediante Ley Orgánica que respete su contenido esencial; su amparo ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”*. SÁNCHEZ DE DIEGO, M., *Un derecho fundamental a acceder a la información pública, El derecho de acceso a la información pública*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008, p. 32.

³⁶⁰ Tal como alegó GUTIERREZ RUBÍ en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados núm. 308 de 24 de abril de 2013 *“La transparencia y el acceso a la información es un derecho fundamental reconocido por Naciones Unidas, y así debe estar reconocido con todas sus consecuencias legales y políticas. Su defensa, en forma de apelación o cualquier otra práctica, debe ser sencilla, rápida, gratuita y vinculante, evitando la vía judicial como única alternativa para la defensa de este derecho”* p. 8.

³⁶¹ Así defendió GUICHOT el iusfundamentalismo del acceso en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados núm. 254 del 12 de febrero de 2015 *“En el derecho europeo y comparado la perspectiva actual preponderante es su consideración como un derecho fundamental. Por darles solo una referencia a sistemas que nos vinculan, lo es así en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y lo es así también en la interpretación que desde 2009, desde dos sentencias de 2009, ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo del contenido de la libertad de información. Teniendo en cuenta además que este último convenio, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es el parámetro principal de interpretación de la Constitución conforme a los textos internacionales, creo que es posible abordar una nueva perspectiva que incluya al derecho de acceso dentro de la libertad de información, lo que tiene consecuencias trascendentales en cuanto a qué poderes públicos —todos—*

jurídica con otros derechos humanos y constitucionales. La condición instrumental y de cooperación necesaria de la información pública para activar el derecho de participación, petición o las libertades de opinión y expresión, deriva de la convergencia en bienes jurídicos comunes, admitiendo que este precepto constitucional remite expresamente a la configuración legal del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos³⁶².

Sobre la relación que existe entre el derecho de acceso a la información y otros derechos como refuerzo a la razón iusfundamentalista del acceso tenemos también la consideración de TORRES MANRIQUE el cual añade que *“el derecho de acceso a la información guarda una ínsita relación con otros derechos humanos y contribuye a su efectivo ejercicio, tal como señala la Relatoría para la Libertad de Expresión en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe del año 2002”*. En dichos términos, se señala que *“el derecho de acceso a la información pública ha adquirido una importancia fundamental en el desarrollo de los Derechos Humanos, directamente vinculado a otros derechos fundamentales, como lo son el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la verdad, el derecho a tomar decisiones ciudadanas y políticas debidamente informados, al desarrollo democrático y a la transparencia en la gestión pública”*³⁶³.

Siguiendo las razones iusfundamentales de derechos humanos y acceso a la información, ha de tocarse otro fundamento humanístico derivado del art. 24 CE, el derecho a la verdad a través del acceso como el derecho de todas las personas detenidas,

estarían vinculados y en cuanto a cuáles serían sus garantías, reserva de ley orgánica, protección por el recurso de amparo, como todos ustedes saben”, p.18 y 19.

³⁶² El académicamente prolífico GUICHOT, en su obra citada a lo largo de la tesis especialmente cuando se refiere a nuestra posición en el marco europeo, se encuentra en esta etapa, pero GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*. Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), núm. 170, 2011. Documento de trabajo 170/2011, tiene el derecho de acceso relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva aunque nunca afirma su iusfundamentalismo directo.

³⁶³ TORRES MANRIQUE, F., *“Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, información pública y rendición de cuentas”*, *Revista Derecho y Cambio Social*. Lima, 2013, p. 8.

condenadas, encausadas o procesadas. Si estas personas, sus litisconsortes, avalistas, su defensa técnica y representación no acceden a archivos como los expedientes con la garantía de que esto sea un derecho fundamental, se resta seguridad jurídica a la capacidad procesal de la parte que requiere tal acceso, el acceso a la verdad, por lo que quedará vulnerable el derecho a la tutela judicial y el de legítima defensa. No puede dejarse de mencionar especialmente el desarrollo alcanzado por el derecho a la verdad³⁶⁴ como un derecho que emana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que adquiere en la actualidad una importante atención, en relación directa y continua con el acceso a la información pública. El desarrollo del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y el reconocimiento del derecho a la verdad, poseen actualmente sólidos fundamentos en el derecho internacional y proyectan consecuencias jurídicas importantes y significativas que contribuyen al respeto y plena vigencia de los derechos humanos y esto ha de valorarse.³⁶⁵

Esta dependencia implica de lleno al Estado³⁶⁶ del que nace el Poder Judicial, que es el que fiscaliza la información que permite aclarar o prevenir una violación de derechos humanos, y por ende es quien puede ocultarla, reservarla, manipularla o destruirla, sin que las víctimas puedan ejercer sus legítimos derechos en procedimientos judiciales. Además, es justamente el Estado quien tiene la obligación de proteger a los individuos de su jurisdicción en el uso y disfrute de sus derechos humanos con lo que se

³⁶⁴ Comisión de Derechos Humanos de la ONU, La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos, La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, Documento. O.N.U. E/ CN. 4/ Sub. 2/ 1997/ 20/ Rev. 1.

³⁶⁵ Graciela sostiene este fundamento también, adjuntando que “*La falta de información o la desinformación a cargo del Estado, es un elemento que caracteriza a las violaciones de los derechos humanos, al terrorismo de Estado y sobre todo al delito de desaparición forzada, constituyéndose a su vez, en una forma de tortura psicológica para los familiares de las víctimas*”. ROMERO SILVERA, G., “Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos”. *American University International Law Review*, 26 núm. 1, 2010, pp. 159 y ss.

³⁶⁶ Detalla MENDEL que sin un Estado que “*permita el acceso a la información a las víctimas de violaciones a los derechos humanos no puede denunciarse a los gobiernos corruptos e ineficientes*”, MENDEL, T., “Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 1, 2003, nota 10.

hace imprescindible un derecho fundamental de acceso a la información pública que permita a las víctimas, ejercer el “*derecho a saber o el derecho a la verdad*”³⁶⁷ en un plano de mínima igualdad.

En definitiva, el derecho a la verdad y el de acceder y recibir información pública son dos aspectos de una misma obligación y ambos tienen su fundamento en el desarrollo de la etapa del iusfundamentalismo del acceso. En este criterio ha sido sensible la Comisión Interamericana al afirmar que “*Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro*”.³⁶⁸

IV.4.3. Nueva argumentación pro derecho fundamental

A modo de introducción señalar que ARANDA ÁLVAREZ defendía que “*La transparencia, la probidad y el buen gobierno son pautas de actuación pública que cada día adquieren más importancia para el desarrollo de los países, el fortalecimiento de la democracia y las relaciones internacionales en general*”³⁶⁹. Por ello es esencial destacar la importancia de defender el derecho de acceso como derecho fundamental y ofrecer nueva munición jurídica.

En este planto, la defensa de la naturaleza de un derecho de acceso como derecho fundamental se hace desde dos posiciones, la primera desde la vinculación a otros derechos fundamentales existentes en la Constitución como hemos desarrollado en el anterior epígrafe y la segunda por sí mismo como derecho autónomo. En este

³⁶⁷ “*En estos casos el derecho de acceso a la información trasciende el alcance que tiene en sí mismo y apunta a la dimensión instrumental o de medio que también se le atribuye*”. ROMERO SILVERA, G., “Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos”. *American University International Law Review*, 26 núm. 1, 2010, p. 170.

³⁶⁸ OEA, CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, capítulo V, Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/85.86span/Indice.htm>

³⁶⁹ ARANDA ÁLVAREZ, E., “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, 2013, p. 215.

apartado se pretenden consolidar posiciones, abrir nuevos argumentos y plantear que nuestro modelo permite la creación de derechos fundamentales sin tener que aludir a la interpretación de otros preceptos. Muchos negacionistas se han escudado en que el art. 10.2 CE no permite crear nuevos derechos fundamentales, es cierto, pero sí se permite interpretarlos, por lo que en la posición por conexión se puede y debe interpretar cuál es el alcance del art. 20 CE respecto al acceso, no de crear un derecho de la nada conectándolo con el art. 23 CE y la participación ciudadana, que también.

Al hilo de esta cuestión CARAZO LIÉBANA reflexiona sobre la implicación o vinculación de la Carta Social Europea, como continente de normas pro acceso³⁷⁰, al art. 10.2 CE. Esta disposición fue ratificada y publicada oficialmente en España y cumple con una serie de funciones en relación a los derechos fundamentales por ser tanto “*parámetro interpretativo*” alegable ante la judicatura como generador de principios.³⁷¹ Igualmente destaca la autora el peso que el TC concede a la Carta Social Europea en sus resoluciones pues se ha servido de ella a nivel interpretativo [STC 145/1991, (BOE 22 de julio de 1991)].³⁷²

Si atendemos por otro lado al tratamiento del derecho de acceso como derecho fundamental, a pesar de la discusión y según MENDEL, parece ser que ofrece la conformidad y el beneplácito de los grandes de la doctrina a favor de su naturaleza

³⁷⁰ Desarrollado en el segundo capítulo, sección de declaraciones internacionales.

³⁷¹ “El art. 10.2 CE constituye un parámetro interpretativo de obligada aplicación en relación a los derechos que, estando incluidos en la CSE, constituyan al mismo tiempo normas incluidas en nuestro Ordenamiento Jurídico. De lo que se infiere que pueda ser alegada directamente ante los Jueces y que éstos deben interpretar los derechos de nuestro Ordenamiento jurídico de acuerdo con el nivel mínimo de protección fijado en la CSE.

2. La CSE como generadora de principios generales de derecho comunitario, constituye también una fuente interpretativa de primer orden que el juez interno, como juez comunitario, tiene que apreciar en el dictado de las sentencia”. CARAZO LIÉBANA, M., “La eficacia de la carta de derechos fundamentales en la proyectada Constitución Europea”. *Foro constitucional iberoamericano*, Núm. 8, 2004, p. 4.

³⁷² CARAZO LIÉBANA, M., “La eficacia de la carta de derechos fundamentales en la proyectada Constitución Europea”. *Foro constitucional iberoamericano*, Núm. 8, 2004, p. 5.

fundamental³⁷³. Por esta razón se podría haber realizado mediante Ley orgánica de la misma forma que se hizo con el derecho fundamental a la Protección de los datos de Carácter personal que tampoco aparece explícitamente entre los derechos fundamentales y se aprobó a partir del párrafo 4º del art. 18 CE con lo que a los negacionistas del iusfundamentalismo se les refuta la imposibilidad al haberse visto que sí que es posible. La evolución social exige que las respuestas jurídicas se adapten a las necesidades de una sociedad en constante cambio por lo que la legislación puede dar lugar a la aparición de un nuevo derecho fundamental igual que existe una enorme distancia entre los estándares internacionales de transparencia y el derecho de acceso a la información pública que desarrolla la LTBG.

La opción elegida por el legislador no sigue a la tendencia mayoritaria y de actualidad de la doctrina española y difiere de la orientación que las instituciones internacionales atribuyen a la transparencia. En el ámbito europeo, existe un proceso de reconocimiento del derecho de acceso a la información y transparencia como derecho fundamental. La evolución del derecho de acceso en la UE se caracterizó por un inicio tímido de cara a la transparencia y acceso a la información. Tras numerosas regulaciones, en el año 2007 con el Tratado de Lisboa continuó el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública y se le otorga fuerza jurídica a la Carta de Niza. Durante todo este proceso, los sujetos obligados a hacer pública la información y a dar trámite a las solicitudes de acceso que recibieran se fue incrementando notablemente, pasando de ser una política de buen gobierno a un derecho constitucional comunitario sobre el acceso a la información pública.

Así, la Carta de los Derechos fundamentales de la UE establece en el art. 42 de la misma, contenido en el Título V “Ciudadanía”, que: *“Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte”*. De igual modo, el acceso a la información pública se presenta como parte integrante de la libertad de información del

³⁷³ MENDEL, T., “La libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente”, *Revista Derecho Comparado de la Información*, núm. 1, 2003, pp. 43 y ss.

art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los últimos años, de modo que sería contenido del art. 20. 1 d) CE. En este sentido, el iusfundamentalista SÁNCHEZ DE DIEGO dedica parte de una de sus obras³⁷⁴ a analizar y explicar que tanto TEDH, el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación de Europa y la UE mantienen el carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública, mientras que en nuestra ley solo es un derecho administrativo. Sostiene que la LTBG no reúne los requisitos mínimos para adaptarse a las leyes de transparencia de países de nuestro entorno, ni a la normativa internacional a la que España aspira cumplir pues tanto en su alcance teórico como en su ejercicio práctico, el derecho de acceso a la información pública se consagra como un pilar imprescindible para el funcionamiento democrático debido al requisito de que los actos de gobierno han de ser públicos en cualquier Estado de Derecho.

Como derecho vinculado a otros derechos fundamentales podemos acometer la nueva argumentación que sostenga nuestra defensa. Una manera de entender el derecho de acceso a la información pública, como indicábamos al inicio de epígrafe, se dirige a conceptualizar la obtención de información no como fin en sí mismo, sino como instrumento de concreción de otros derechos constitucionales, valores o principios.³⁷⁵ Respecto a esta posición en que se defiende la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública puede partirse de su inadecuada e insuficiente³⁷⁶ naturaleza relacionada con el art. 105. b) CE, lo que recorta la efectividad que la LTBG habría tenido de haberse relacionado con el art. 20 CE como muchos expertos defendían en su fase de anteproyecto de ley. El art. 105. b) CE se ubica en el cuarto título de la

³⁷⁴ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *Participación, representación y Democracia*, XII Congreso de Constitucionalistas de España, Universidad de Salamanca, 2014.

³⁷⁵ “En estos casos la propia existencia del mecanismo de obtención de información, o bien de la obligación de otorgar información, tiene efectos preventivos o institucionales, independientemente del uso que se haga de la propia información”. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “El acceso a la información como derecho”. *Anuario de Derecho a la Información*, 2000, vol. 1, pp. 143 y ss.

³⁷⁶ SÁNCHEZ DE DIEGO insiste siempre en que se confunde transparencia con derecho de acceso a la información pública y quizás ahí radique el error de anclaje pues “no se encuentra en el mismo plano de igualdad” uno y otro término. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “El día después de la Ley de Transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, 2014, p 7.

carta el cual se destina al “*Gobierno y la Administración*”, sin embargo son muchos más (Casa Real, fundaciones o sociedades mercantiles de participación pública) los sujetos comprendidos en el ámbito subjetivo de aplicación a los que se refiere el art. 2 de la LTBG. Si al ámbito objetivo nos referimos, sigue siendo inadecuado el art. 105. b) CE el cual lo concentra en torno a “*archivos y registros*” cuando el real objeto de la ley es la “*información pública*” que existe además de en esos archivos y registros, en otros muchos lugares que se sitúan al margen de la publicidad registral o archivística, pues debe accederse a la información que es el contenido sin pasar por continentes.

Puede hablarse de nuevos argumentos si atendemos a la doctrina generada como consecuencia de la LTBG, y es aquí donde se critica la poca atención prestada a los derechos humanos, el gran ignorado cuando se habla de transparencia en España. Autores iusfundamentalistas del derecho de acceso como OLMEDO se plantean su anclaje constitucional a este respecto. Además el derecho de acceso a la información pública es imprescindible, según OLMEDO, para la formación de una opinión pública que actúa de base para el funcionamiento democrático de la comunidad política.³⁷⁷ De esta forma se situaría al mismo nivel que la libertad de información y de la que participa, según jurisprudencia del TEDH, por lo que debe ser considerado un derecho democrático fundamental y, como tal, debe tener un tratamiento administrativo³⁷⁸ más allá del que le otorga la LTBG.

³⁷⁷ OLMEDO concluye en su trabajo que: “*El derecho de acceso es un derecho fundamental y no un derecho administrativo...es un presupuesto capital de formación de la opinión pública, base fundamental del funcionamiento democrático de una comunidad política, al mismo nivel que la libertad de información y de la que forma parte según los textos internacionales en la materia y la jurisprudencia del TEDH. Su regulación como derecho meramente administrativo lo deja huérfano de la protección y garantías propias de los fundamentales, y prejuzga en su contra la ponderación de intereses que deberá realizarse administrativa y judicialmente para resolver los previsibles conflictos con otros derechos y bienes jurídicos*”. OLMEDO PALACIOS, M., “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Diario La Ley*, núm. 8237, 27 de enero de 2014.

³⁷⁸ MILANS DEL BOSCH, S., *Más transparencia en la gestión administrativa pública*, Blog Cuatrecasas 2 de Junio de 2015. Disponible en: <http://cuatrecasasblog.com/2015/mas-transparencia-en-la-gestionadministrativa-publica>

Hemos de concebir en este tramo a la Administración en la faceta que describe el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009, la que afirma que “*el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos proporciona una fuente de información para el público y ayuda al público a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas*”. Si bien es cierto que el derecho de acceso a la información no se ha caracterizado históricamente por ser uno de los que han supuesto de forma directa y clara unas discriminaciones o diferencias sociales que hayan sido objeto de reivindicación por aquellos más desfavorecidos en la sociedad, podemos poner en duda que si consideramos que aunque de manera indirecta este derecho condiciona con un carácter instrumental la posibilidad de gozar o acceder a determinados derechos que pueden significar en la práctica una indudable fuente de desigualdades sociales.

Si el art. 20.1.d) CE reconoce y protege el derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*” garantizando la libertad de recibir y comunicar información, puede justificarse que en la expresión “*derecho a la información*” se encuentra implícita la facultad de estar informados, de buscar y de tratar de conocer la información interpretando este precepto a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que sí que reconocen la facultad de investigar o buscar. Del mismo modo, el art. 20.1.a) CE protege el derecho “*a expresar y difundir ideas y opiniones*”, las cuales, para ser fundadas, deben basarse en el derecho a la verdad, a la información veraz como se ha mencionado en numerosas ocasiones. Por tanto, la información y la posibilidad de acceder a ella juega un papel muy importante para el ejercicio del derecho a expresar opiniones y la dispensa de información veraz ha de estar como norma en el Estado, siendo la oficialidad el modelo de información veraz y pública.

Es por esta razón por la que no debe hacerse discriminación³⁷⁹ situando a determinados sectores de la población en posiciones no solo perjudiciales o

³⁷⁹ Recordar lo el Tribunal Constitucional dispuso en la STC 168/1986 que “*quienes hacen profesión de la expresión de ideas y opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de los conciudadanos pero no derivan de ello ningún privilegio y desde*

desaventajadas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona aunque solo sea desde el punto de vista instrumental que el derecho de acceso supone como ya hemos visto respecto de algunos otros derechos fundamentales pues el objeto de la información puede ser cualquier ámbito y la consecución o no de la misma puede condicionar en gran medida la eficacia de los mismos.

Por su parte, el derecho del art. 23 CE “*a participar en los asuntos públicos*” implica otro vínculo que refuerza la balanza hacia este sector de la CE, el que los ciudadanos se involucren de forma activa en aquellos asuntos que le son de su interés, es decir, la participación ciudadana. Por esto, las instituciones públicas deben facilitar toda la información que posean para que se produzca una participación real y efectiva. Puede decirse que del desarrollo del derecho a la libertad de expresión y de las libertades informativas así como el derecho de participar en los asuntos públicos se ha originado un nuevo derecho de acceso a la información en manos de las administraciones que permitirá a los ciudadanos participar en la sociedad de forma activa gracias a la información que los entes públicos les proporcionen.

La ciudadanía puede alcanzar mejor participación, libertad e igualdad (art. 9 CE) cuanta más información tenga y esa labor en la que los poderes públicos deben trabajar para permitir a su vez una mayor participación ciudadana³⁸⁰ en la cosa pública sin olvidar que esta labor también se logrará en el otro aspecto del derecho, en cuanto a la no facilitación de determinadas informaciones sensibles o restringidas pues en caso contrario también se podría dar lugar a una discriminación.

luego no el de transformar a su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación....”. Se puede colegir que siguiendo esta interpretación, éste no solo debe ser reconocido a los periodistas sino al resto de los ciudadanos, sin hacer discriminación por la profesión o el oficio de la persona que reciba la información. Sentencia disponible en el BOE núm. 17 del 20 de enero de 1987.

³⁸⁰ Según la STC 161/1988, de 20 de septiembre, la participación permite a los ciudadanos comunicarse con el poder público, y potencia la interrelación entre los Parlamentos y los ciudadanos, coopera a que los parlamentarios conozcan las preocupaciones de la sociedad a la que representan, así como las demandas políticas y las opiniones de los individuos y de los actores sociales.

Si a garantías para el ciudadano ha de referirse la defensa ha de aludirse a que el art. 105. b) CE se sitúa fuera de la protección que el art. 53 CE ofrece en defensa de sus derechos fundamentales. Con esto se evidencia que el poder de protección no lo ostentaría una jurisdicción de peso como la constitucional sino que recae en primera instancia en órganos administrativos como el CTBG y en última en la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se reconoce un anclaje legislativo en el art. 20 CE podría desarrollarse por ley orgánica y gozaría de una garantía constitucional por el proceso de “*preferencia y sumariedad*” que el 53.2 CE menciona. El reconocimiento de la naturaleza iusfundamental adecúa la posición del derecho de acceso a los niveles de reconocimiento que gozan otros derechos como el de la intimidad. Un valor añadido que tendría este desarrollo es la extensión de sus ventajas a las materias de transparencia y buen gobierno dando sentido a otras normas que regulan estos aspectos junto al de acceso. Eso se puede lograr mediante una ley orgánica que desarrolle un derecho fundamental.

En el capítulo de derecho comparado se han estudiado y ofrecido muchas razones de influencia, de Estados del entorno europeo y de organizaciones internacionales, que empujan a ubicar la relación del derecho de acceso en el derecho a la información atendiendo al art. 10.2 CE. Simplemente recordar que el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su art. 19 se refiere a la libertad de opinión y expresión. Esto también ocurre en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concreto en la sentencia del caso Claude Reyes contra Chile, del año 2006. Ahí de nuevo se reconoce que en el art. 13 del Pacto Internacional de San José de Costa Rica, la libertad de expresión ampara el derecho de acceso a la información pública. Hoy en día para que exista una opinión pública libre es necesario que las personas puedan acceder directamente y sin cortapisas a la información que se encuentra en manos de los poderes públicos.

Otro de los vínculos adecuados, conjuntamente al art. 20 CE, que permiten naturalizar el acceso en el iusfundamentalismo es el art. 18.4 CE, un precepto que determina la regulación informática en lo que a honor, intimidad y pleno ejercicio de derechos se refiera. Aunque el artículo, por el contexto de la promulgación de la CE, no

regula el derecho de acceso a internet o a los datos informatizados³⁸¹. Si el desarrollo de las TIC y su generalización en la sociedad fue un hecho de transversalidad que sirvieron para desarrollar todo un derecho fundamental que actualmente tiene un gran arraigo en la ciudadanía, lo mismo ocurre con el aperturismo y la transparencia. Son dos elementos que como la expansión de la era digital, se transversalizan y alcanza a todas las esferas.

A continuación vamos a estudiar la argumentación propuesta desde un prisma diferente, la defensa como derecho fundamental autónomo. En segundo criterio de defensa, la creación de derechos fundamentales se fundamenta en que los derechos fundamentales no son un catálogo blindado, de hecho en España ya se han creado algunos³⁸². La posición de la tesis es histórico-sociológica y parcialmente iuspositivista pues los derechos humanos son aspiraciones de la humanidad, fines a realizar a futuro o demandas que el hombre en la Historia que hace que el momento en que vivimos inundado de nuevas tecnologías e interconexión haga a la humanidad exigir un nuevo derecho, el de acceso a la información pública. La misma autoridad jurisdiccional en lo constitucional existente ha desarrollado otros derechos fundamentales como el derecho a la creación de medios de comunicación y a ejercer el “*derecho a gestionar y explotar*” información, en concreto la STC 12/1982 de 31 de marzo³⁸³.

En la presente se ha dar una interpretación de valoración particular de la realidad social como sustento de la defensa del derecho fundamental de acceso pues condiciona

³⁸¹ Un ejemplo es el modelo portugués, un antecedente de regulación riguroso del derecho de acceso a través de la constitución el cual en su art. 35 con la rúbrica de “*Uso de la informática*” reza “*1. Todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a los datos informatizados que les conciernan, pudiendo exigir su rectificación y actualización, así como el derecho a conocer la finalidad a que se destinan, en los términos que establezca la ley.*

2. La ley define el concepto de datos personales, así como las condiciones aplicables a su tratamiento automatizado, conexión, transmisión y utilización, y garantiza su protección, especialmente a través de una entidad administrativa independiente...”.

³⁸² Por ejemplo, el derecho a la protección de datos personales tuvo un desarrollo inicial anterior a la LOPD en la famosa Ley orgánica reguladora del tratamiento automatizado de datos personales del año 1992.

³⁸³ BOE núm. 95, de 21 de abril de 1982. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/54>

nuestra existencia. El contexto propio de los preceptos en lo que a derecho de acceso a la información se refiere siguiendo lo instruido en el art. 3.1 del Código Civil como pauta interpretativa establece que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*. El contexto de las TIC, la sociedad interconectada, los antecedentes históricos crecientes y de influencia internacional y la realidad social parecen razones contundentes para reinterpretar este emergente derecho que nos ocupa.

Entrando en criterios, si un derecho fundamental es considerado como tal en la medida en la que pueda constituir medidas de protección integral de la persona, atendiendo a, en palabras de CARBONELL, la preservación de bienes básicos necesarios para poder desarrollar una vida digna. Acierta el autor en este razonamiento pues contrastado con el modelo actual de vida digna, es inimaginable la dignificación de la opacidad, parquedad y ausencia de luz administrativa. Defender la creación de nuevos derechos fundamentales por exigencias de la evolución social supone la creación de nuevos derechos subjetivos públicos³⁸⁴ que encajan perfectamente en la sección de derechos fundamentales y libertades públicas siendo, por algunos autores³⁸⁵ y para el que escribe, la libertad de recibir información una libertad pública.

El atacar el iusfundamentalismo desde el origen es muy interesante puesto que tan simple y tan complejo a la vez como estudiar la teoría de los derechos fundamentales e ir línea a línea contrastando su extrapolación al derecho de acceso a la

³⁸⁴ TORRES cita a GARCÍA DE ENTERRÍA para indicar que los derechos públicos subjetivos consisten en *“la posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una norma jurídica en su propio interés”*. TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p. 228.

³⁸⁵ TORRES considera que el recibir información es una *“manifestación exterior de la libertad humana y que se ejerce en relación con los demás, aunque no necesariamente de forma colectiva, y aspiran a una repercusión extensa en la sociedad”*. TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, p. 234.

información de donde resulta que todas las premisas se le pueden ajustar.³⁸⁶ Desde luego, si en referencia a esto último y como fundamento iusfundamentalista, quiere formarse una nación sensible, comprometida, responsable esta debe ser inconformista y rigurosa con su papel dentro del Estado que es en España tan determinante que se juega el Gobierno Central, Autonómico o Local por la emisión de un voto cada cuatro años con lo que el peso responsable de esta decisión ha de estar contrastada en el conocimiento de las instituciones y el papel de los candidatos a ellas para ejercer una valoración en conciencia y con fundamento.

Encontramos finalmente fuertes argumentos si aludimos al dictamen de un órgano consultivo de peso como es el informe previo del Consejo de Estado³⁸⁷ sobre el proyecto de ley donde se indican numerosas razones jurídicas tendentes a que debería haber en la misma una referencia al art. 20 CE donde se consagran las libertades públicas informativas o la consulta popular electrónica³⁸⁸ donde se obtuvieron 78.107

³⁸⁶ El propio autor enfatiza que *“cuando se habla de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por ello se puede decir que los derechos fundamentales deben ser universales porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas”*, CARBONELL. M., *El derecho de acceso a la información como derecho fundamental, en Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, UNAM, México, 2006, p. 4.

³⁸⁷ Informe núm. 707/2012 del Consejo de Estado reunido en Comisión Permanente, presidido por Romay Beccaria el 19 de julio de 2012 donde apelaban respecto al anteproyecto de ley que *“Este enfoque responde a la importancia que en el contexto actual posee este derecho, que además de estar reconocido en el mencionado artículo constitucional, enlaza con las declaraciones y mandatos contenidos en otros preceptos de la norma fundamental (así, con los artículos 1.1, 9.2, 20 y 10.2, preceptos que habrían de mencionarse expresamente en la exposición de motivos)”*. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707> y en <https://es.scribd.com/doc/105482040/Informe-del-Consejo-Estado-sobre-la-Ley-de-Transparencia>

³⁸⁸ Informe sobre la consulta pública electrónica del anteproyecto de la LTBG de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes adscrita al Ministerio de la Presidencia. Informe filtrado por ElDiario.es que queda ofrecido en formato electrónico pero no disponible por organismos oficiales. Disponible en: https://es.scribd.com/doc/105482716/Informe-del-Ministerio-de-Presidencia#from_embed (Entrada: 25865).

visitas y 3669 observaciones. En este último informe, valioso por su cariz democrático y de participación ciudadana, se destaca en su segunda página que existió *“Un significativo número de observaciones que señalan la necesidad de configurar el derecho de acceso como un derecho fundamental regulado, por tanto, por una norma de rango orgánico. Para apoyar su argumentación se basan en la configuración como fundamental que tiene el derecho de acceso a la información a nivel internacional (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Carta Europea de Derechos Fundamentales)”*.

Como sugerencia para la construcción y consolidación del derecho de acceso en clave fundamental se propone aplicar una de las fórmulas del constitucionalismo francés, respecto a mencionar al tratado europeo de derechos humanos en el que figura en su articulado el derecho de acceso, lo cual sería suficiente para dar la categoría buscada a la LTBG. Para esto, claro está, sería más que necesaria una consulta plebiscitaria o un referéndum directamente que midiese las inclinaciones populares al respecto de este derecho. En la encuesta realizada en el anexo se demuestra que 8 de cada 10 consultados encuentran razonable que se considere fundamental el derecho de acceso. Estando en un capítulo de fundamentación del derecho de acceso como nuevo derecho fundamental abordamos muchas razones de índole jurídico, pero el electoral, el democrático, el peso del principio de las mayorías no ha de despreciarse, donde encontramos una amplia mayoría tendente a este reconocimiento, razón última con la que es de justicia anudar el capítulo.

En conclusión, el acceso a la información, además de complementar la libertad de expresión se presenta como un derecho que fortalece la autonomía de las personas y les permite llevar a cabo un plan de vida según su libre decisión. Entendiendo el derecho a la libertad de expresión como la facultad de dar y recibir información, el acceso a la información pública es un elemento necesario para ejercer dicho derecho. Los ciudadanos ejercen su derecho de participación y elección de sus representantes apoyados por la libertad de expresión y el libre acceso a la información. Así lo exige un sistema democrático representativo y participativo. Por ello, es necesario garantizar el derecho de acceso como un derecho fundamental para dotarlo de la importancia que se merece en cualquier estado democrático y convertirlo de esta forma en eje de toda

acción de las entidades públicas frente a los ciudadanos que deberán promoverlo y respetarlo.

IV.4.4. Argumentación desde la jurisprudencia

El Tribunal Constitucional ha interpretado y dictaminado en un sentido amplio y variado siempre que a cuestiones de derecho a la intimidad³⁸⁹, al acceso a información pública y transparencia se ha tratado en contra de la dispensa de justicia ordinaria máxima caracterizada por una interpretación estricta y ajustada aunque ambas han estado en una misma línea inmovilista de limitación y estancamiento de desarrollo legislativo del derecho de acceso y la transparencia que tras los avances que hoy día se han dado en la materia queda del todo obsoleta como se extrae de la ilustrativa STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 14 de noviembre del año 2000, Rec. 4618/1996, la cual reconocía: *“(…) Quinto: El derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación. Está enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Este derecho está reconocido por la Constitución en el artículo 105 b CE), [...]Aun cuando este precepto pudiera pensarse que condiciona la aplicación de este derecho a su desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional, considerando su valor sustantivo, ha estimado, en aplicación del principio de la fuerza normativa directa de la Constitución, que dicho precepto es aplicable directamente sin necesidad de esperar a su desarrollo legislativo, que se ha llevado a cabo, básicamente en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 Nov., de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981 de 8 Jun, declara que «la reserva de Ley que efectúa en este punto [el caso contemplado se refiere al apartado c) del artículo] el*

³⁸⁹ El TC se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la intimidad y su relación con la dignidad de la persona (SSTC 73/1982, 110/1984, 107/1987, 231/1988, 197/1991, 143/1994 y 15/1997, 70/2002, 10/2002, de 17 de enero, 185/2002, de 14 de octubre, 85/2003, de 8 de mayo, 127/2003, de 30 de junio; 189/2004, de 2 de noviembre, 159/2009, de 29 de junio o 93/2013, de 23 de abril) así como a la protección de datos (STC 173/2011, de 7 de noviembre o STC 241/2012, de 17 de diciembre, que aluden a las SSTC 98/2000, de 10 de abril o 186/2000, de 10 de julio).

artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata».”

Ha de comenzarse diferenciando teóricamente por un lado el derecho a recibir información del art. 20.1.d) CE y por otro los derechos reconocidos como el de ser informados de la acusación del art. 24.1) CE, el derecho a la información de los consumidores del art. 51.2) CE y el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos del art. 105.b) CE. La distinción, siguiendo la jurisprudencia constitucional, está en que los derechos del art. 20 CE reflejan el interés de todos en conocer los hechos de actualidad que puedan tener trascendencia pública, y por lo tanto condicionan la participación en la democracia y el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades según la STC 168/1986, de 22 de diciembre³⁹⁰.

Por esta razón el derecho a recibir información veraz se ha incluido en lo que se ha denominado el “*núcleo de la Constitución*”³⁹¹ entre los derechos a los que se quiere dar una mayor protección y pueden ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, mientras que el acceso a los documentos administrativos se menciona en el Título IV Del Gobierno y de la Administración, de modo que traslada cualquier pretensión a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo los límites no son tan claros, y en muchas ocasiones el acceso al contenido de los documentos administrativos se convierte en un asunto de relevancia pública.

Jurisprudencialmente se encuentran interesantes líneas de resoluciones del TC seleccionadas a finales de siglo XX donde aparecen reflexiones de peso, como las SSTC 161/1988 de 20 de septiembre³⁹² y 181/1989 de 3 de noviembre³⁹³ o 196/1990 de 29 de

³⁹⁰ BOE núm. 17 de 22 de diciembre d 1986.

³⁹¹ Expresión de RUBIO LLORENTE recogida en VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias,

Oviedo, 1994, p. 319.

³⁹² BOE núm. 247, de 14 de octubre de 1988.

noviembre³⁹⁴ donde ya se rondaba la concepción fundamentalista del derecho de acceso y se perfilaba a ciertos campos profesionales como el de los parlamentarios. En ellas se atribuye este derecho con toda su extensión a ciertos ámbitos como el representativo, donde se declara que el derecho de acceso por parte de diputados y senadores como parlamentarios se incardinaba en el derecho fundamental tutelado en el art. 23.2 CE puesto que este derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la Ley³⁹⁵.

Desde aquí, la STC 161/1988 matiza que el derecho de los parlamentarios a *“recabar datos, informes y documentos que obren en poder de la Administración viene garantizado por el art. 23.2 CE puesto que la privación denunciada supondría impedir el ejercicio de una facultad que una norma con fuerza de ley en su sentido material les atribuye en su condición de titulares del cargo público de diputados. Se trata por lo tanto de un derecho fundamental si bien tiene un carácter instrumental respecto de la función de control. El reglamento citado crea a favor de los parlamentarios un derecho individual a recabar, en la forma con los requisitos que el mismo Reglamento establece, información a la Administración el cual, por venir integrado en el estatus propio del cargo de Diputado, se inserta y forma parte del derecho fundamental que garantiza el art. 23 CE”*.

Otras resoluciones de interés por relacionar el acceso con otros derechos fundamentales directamente son las SSTC 6/1981 de 16 de marzo³⁹⁶ y 105/1983 de 23 de noviembre³⁹⁷ que detallan que el art. 20.1.d) CE incluye dos derechos diferentes ligados por la obligación del Estado, el derecho a comunicar por un lado y el derecho a recibir información por otro, el primero siendo el que gozan todos los ciudadanos aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y

³⁹³ BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 1989.

³⁹⁴ BOE núm. 9, de 10 de enero de 1991.

³⁹⁵ STC 32/1985, de 6 de marzo, BOE núm. 74, de 27 de marzo del año 1985. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/412>

³⁹⁶ BOE núm. 89, de 17 de marzo de 1981.

³⁹⁷ BOE núm. 298, de 23 de noviembre de 1983.

difusión de la información su profesión específica. Del segundo, el derecho a recibir información, lo considera redundancia justificada en la CE para generalizar el derecho a todos los individuos.

La STC 254/1993 de 20 de julio³⁹⁸ relaciona el derecho en cuestión con el de la intimidad declarando que *“la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que estos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones Públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades”* Con ello se deduce que es imprescindible para la inspección del honor propio el derecho de acceso a los documentos administrativos con datos de carácter personal, extracto del art. 105. b) CE, con lo que es una razón que defiende la tesis del derecho de acceso como derecho fundamental.

La información y discusión de asuntos públicos fortalece al Estado democrático. El principio democrático como base del derecho de acceso a la información surge en la 73 sentencia C-58/94, de Reino de los Países Bajos contra Consejo, de fecha 30 de abril de 1996. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Juez consideró que existía conexión entre el principio democrático y el derecho de acceso reconocido a favor de los ciudadanos. En particular se encontraba vinculado al principio de la transparencia del proceso legislativo y el acceso a los documentos legislativos. En la sentencia se establece que dicha transparencia es una condición esencial de la democracia, no siendo una simple cuestión organizativa interna de las instituciones. Se perfila de esta forma un acceso de los ciudadanos lo más amplio posible para reforzar tanto el carácter democrático de las instituciones como la confianza de los ciudadanos en la Administración.

³⁹⁸ BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

La presente tesis, además de las múltiples conclusiones que alberga cada epígrafe, puede cerrarse dejando constancia sucinta de los puntos más notorios que se han querido defender a lo largo del mismo en función de las hipótesis al inicio del estudio propuestas, por lo que se concluyen siete puntos:

1º.- Que con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno se busca llenar una vacío legal que existía, sin embargo resulta en la práctica ser un texto que cuenta con numerosas elementos manifiestamente mejorables pues no llega a categorizar el derecho a la información pública dentro de los Derechos Fundamentales ni alcanza los estándares internacionales marcados por numerosos tribunales y declaraciones internacionales, conclusión contrastada atendiendo al estudio de derecho comparado desarrollado. En virtud de lo expuesto puede afirmarse con rotundidad en primer término que en nuestro país existe un foco de interés doctrinal en el campo del derecho de acceso a la información pública fruto de la transversalización de tal derecho en todos los campos del ordenamiento.

2º.- Que en España, antes de las medidas de acceso, transparencia y rendición de cuentas iniciadas a partir de 2013 ya existían normas prototransparentes y antecedentes en la materia, si bien es cierto que a partir de la LTBG las competencias en la materia son independientes, autónomamente organizadas, más garantistas y están compactadamente reguladas. Además la consolidación y el asentamiento paulatino de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública a lo largo de los años en nuestro Estado, incluidas las previas a la entrada en vigor de la LTBG, mediante políticas legislativas, reformas institucionales y las numerosas normativas al respecto de las mismas en cada uno de los Poderes del Estado dirigido a enriquecer la calidad democrática y de bienestar del Estado de Derecho, se denomina “Transparencia de Estado”. Y que el culmen de este proceso se alcanza con el desplazamiento de las múltiples manifestaciones constitucionales del derecho de acceso a la información pública a la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, y que este reconocimiento consumaría en el denominado “Estado de Transparencia”.

3º.- Que la prevención y lucha contra la corrupción es y ha sido uno de los elementos más característicos y necesarios que se requieren y exigen desde la sociedad para la mayor confianza de los ciudadanos en sus instituciones, puesto que en los últimos años han proliferado numerosos casos de mal uso de lo público y que conlleva a la indignación de la sociedad y que gracias a la Transparencia de Estado se persigue prevenir y evitar la corrupción, puesto que entre otras facultades lo que se persigue es que la ciudadanía participe en la gestión de lo público, en este caso ejerciendo un control sobre los actos del Gobierno o cualquier institución de mando estatal y esta mejora cualitativa y empoderamiento socio-administrativo construye el Estado de Transparencia como parte del Estado de Derecho y por lo tanto Estado de Bienestar. Por ello las entidades e instituciones públicas tienen el deber y la obligación de dar toda la información detallada que se les requiera, dentro de lo marcado en la Ley sin perjudicar en ningún caso otro derecho como es el de Protección de Datos, y que gracias a las nuevas tecnologías esto se ha facilitado al poder entregar al que solicita información el extracto del documento que solicita y no la totalidad con datos no relevantes o datos de terceros.

4º.- Que la plenitud absoluta del derecho de acceso a la información pública y la transparencia como plus de calidad de los ordenamientos se ha impuesto como tendencia paulatina en Europa y Latinoamérica a nivel nacional y supranacional. Esta corriente determina actualmente el Buen Gobierno de los Estados y las Organizaciones así como su talante transparente, social, jurídico y democrático en un naciente concepto de Administración en un mundo globalizado en el que la gobernanza se erige como la nueva forma de gestión. Para ello se requiere cada vez más que la información sea telemática, actualizada, precisa, en formatos adaptados, gratuita, suministrada en cortos plazos y fundamentalmente que no exija excesivos requisitos para el ejercicio de la solicitud.

5º.- Que el derecho de acceso a los archivos y registros dispuesto en el art. 105.b) CE establece que el acceso ciudadano a instancia de parte a dichos contenidos de titularidad de la Administración para la obtención de información pública firme, veraz y de interés general, en cualquier momento fuera de la tramitación de un procedimiento administrativo tras una resolución motivada por la que la Administración así lo permita,

excepto en aquellos supuestos excluidos por la Constitución [art. 20.4 y 105.b) CE], por la Ley³⁹⁹ de desarrollo del mismo. Para situarse en el ámbito de este derecho, es necesaria la existencia de otros elementos del tipo o circunstancia determinantes pues de lo contrario se estaría en el ejercicio de un derecho distinto.

6º- Puede concluirse además que existen dos corrientes doctrinales enfrentadas y en plena evolución, la iusfundamentalista que defiende la ascensión del derecho de acceso a la categoría de derecho fundamental amparándose en argumentos de derecho comparado, internacional y constitucional y, por el otro, se diferencia una escéptica y conservadora corriente negacionista que niega todo cambio constitucional en materia de derechos fundamentales. Desde la proyección de la LTBG en comisiones legislativas se han planteado nuevos y robustos argumentos influenciados por las legislaciones en transparencia y constituciones europeas entre otros motivos amparados en la realidad digital. Estos nuevos argumentos esgrimen dos flancos de defensa, uno que tiene la iusfundamentalización del derecho de acceso a la información pública por ser este requisito *sine qua non* de otros derechos fundamentales a los que está vinculado directa o indirectamente y el otro flanco defendiendo su ascenso como derecho fundamental autónomo. Finalmente puede sostenerse la existencia de un posicionamiento de esta materia en la jurisprudencia constitucional (y no constitucional) que ofrece nuevos elementos de argumentación al respecto.

7º.- Que el derecho constitucional de acceso a la información se manifiesta como instrumental y se considera que forma parte además del contenido adicional o normal del derecho fundamental a recibir información veraz por cualquier medio de difusión contemplado en el art. 20.1.d) CE, ya que se configura como una modalidad variante en

³⁹⁹ Art. 37 de la extinta LRJAPPAC, Derecho de acceso a la información pública:

“Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación”, nuevamente reconocido en la nueva Ley 39/2015, art. 13.b) d) “Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico”.

lo que supone la recepción de una concreta información, constituyéndose la Administración Pública como la fuente de difusión de la información de interés general.

Ha de darse fin a esta investigación con la esperanza de asemejar el Estado a un gran anfiteatro en el que se sienten los ciudadanos a observar la actuación pública, pero además de exigirle al actor público actuar entre bambalinas a telón abierto hay que incentivar la asistencia del ciudadano a esta obra pues si no acuden ambos, la participación ciudadana quedara reducida a la esfera de lo utópico y en un anfiteatro vacío puede actuarse a libre albedrío.

ANEXOS

I.-Demoscopia sobre la transparencia y acceso a la información en redes sociales

Al objeto de la defensa, se propone la presente investigación demoscópica extraída a través de un pionero procedimiento de encuesta abierta en las dos principales redes sociales de *microblogging* en Europa con opción de testear. El estudio se ha realizado por medio de dos redes sociales interconectadas, Twitter⁴⁰⁰ y Facebook, en la que semanalmente se presentaba una pregunta en Twitter y se promocionaba simultáneamente en Facebook. La encuesta permanecía etiquetada con hashtag (#) como #Transparencia, #Buen Gobierno, #EstadodeTransparencia entre otras para aparecer en los índices de búsqueda de las mismas y mencionando a perfiles de personalidades de relevancia en redes a nivel de transparencia como @acreditra (Asociación Española de Acreditación de la Transparencia), @Transparent_Red (Red por la Transparencia), @TransparenteCAN (Comisionado de Transparencia de Canarias), @T_Publica (Transparencia pública), @COTransparencia (Congreso Internacional de la Transparencia y Buen Gobierno) o @transparencia_e (Portal de la Transparencia y buen Gobierno).

Tras los 7 días de permanencia, el máximo de tiempo permitido y adecuado a la recepción de participantes activos o pasivos, se recogían los datos y se plasmaban en la plataforma para proseguir con otra pregunta hasta completar la demoscopia. El testeo en redes sociales ha resultado más que útil e interesante al proporcionar datos por dos razones. La primera, la posibilidad que ofrece la pregunta de interactuar con los

⁴⁰⁰ Twitter es una red de microblogging ofrecida en aplicación a todos los formatos en el que se postean contenidos en 140 caracteres y en que se ofrece la aplicación de efectuar encuestas abiertas a todos los usuarios cuya mayor parte son adultos mayores que no han utilizado otro sitio social con anterioridad. Según un estudio realizado por SemioCast en 2012, analizando los más de 583 millones de cuentas creadas antes de dicho año en el mundo, en España existían 8 millones de usuarios con lo que es avala la importancia de esta herramienta para la consecución de resultados, más aún hoy día pues no han dejado de proliferar.

usuarios con el tema, “retwitteando” como forma de compartir, calificando de “me gusta” o directamente opinando o planteando dudas.

En segundo lugar ofrece otros datos como:

- Impresiones: Número de veces que se ha visualizado el tuit aunque no se haya votado, se consideraría que dicho usuario a pesar de haber recibido la propuesta no sabe contestarla o bien no quiere contestar.
- Interacciones totales: Número de veces que se ha interactuado con el tuit, bien por medio de voto, retweet, respuesta directa, etc.
- Votos: Total de decisiones anónimas que vinculan su voluntad a una opción de las ofrecidas, solo se muestran las de usuarios de la plataforma a pesar de que los no registrados voten y no se refleje a veces su participación.
- Apertura de detalle: Número de veces que se ha accedido al perfil a través del propio tuit para conocer el autor del mismo.
- Retweets: Número de veces que se ha compartido el contenido en perfiles en el perfil propio para hacer partícipe a su comunidad de seguidores y seguidos del contenido encuestado.
- Me gusta: Número de veces que se ha destacado con esta calificación el contenido y que produce la puesta en primera línea del *timeline* (tablón de actividad reciente) de los usuarios seguidores y seguidos.
- Respuestas: Tuits contestación vinculado a la pregunta a través de mención (@) a modo de sugerencia, duda o simplemente para citar a personas a las que se quiere aludir.

WhatsApp, Fotos, Alarmas, Wi-Fi, Señal, 99%, Batería, 11:56

← **Manuel Palomares H.** 724 Tweets 🔍 ⋮

Omnia in bonum, veritas vincit

📍 Jaén, Andalucía, España

576 SIGUIENDO

491 SEGUIDORES

Tweets

Multimedia

Me gusta

★ Tweet fijado



Manuel Palomares H. @Manuel... 09 Jul

Desde 2013 en que se publicó la [#LeydeTransparencia](#) en España hasta hoy, se combaten mejor los delitos d corrupción?

Sí

64%

No

36%

55 votos • Resultados finales



↻ 16

❤ 5



↻ Retwitteado por ti



La Moncloa @desdelamoncloa 22h

El Gobierno guarda un minuto de silencio por el atentado en Niza [#NoAlTerrorismo](#) lamoncloa.gob.es/



← **Actividad de Tweets**

Manuel Palomares H. @ManuelCampeador
Desde 2013 en que se publicó la
#LeydeTransparencia en España hasta hoy, se
combaten mejor los delitos d corrupción?

Impresiones 920
veces que la gente vio este Tweet en Twitter

Interacciones totales 106
veces que la gente interactuó con este Tweet

Votos 51
número de votos en su encuesta

Retweets 16
veces que la gente retwitteó este Tweet

Abrir el detalle 16
veces que la gente vio los detalles sobre este Tweet

Clics en el perfil 15
cantidad de clics en su nombre, @usuario o fotografía
de perfil

Me gusta 5
veces que a personas les gustó este Tweet.

La razón de haber elegido las redes sociales para este estudio es el repunte de impacto que ha tenido en los últimos cinco años en la población española, aunque la existencia de las mismas data de hace más de una década. A pesar de que hoy día se usa en muchas disciplinas por ser un medio en el que se crea opinión, se plasman dinámicas y tendencias, aún no se ha utilizado en procedimientos de demoscopia como el propuesto.

Por los conocimientos adquiridos en distintos cursos de cuestación y estudios de campo, el perfil seleccionado del que se han introducido las preguntas ha sido el del propio autor de la tesis en las redes, *@ManuelCampeador*, por contener en seguidores y seguidos usuarios de vinculación plural, tanto de asociaciones juveniles, usuarios privados, jurídicos, profesionales del periodismo, políticos y demás con lo que se recoge unos usuarios representativos de cada espacio social además de ser un perfil abierto al que puede acceder cualquier usuario de Twitter e incluso ajeno o no registrado en la aplicación.

Así pues, se ha aspirado a obtener unos resultados de los que poder estudiar y extraer unas conclusiones de actualidad y de apoyo a la tesis, proyectada a ofrecer implementaciones y mejoras a futuro en la legislación, administración y conciencia social en transparencia teniendo en cuenta las necesidades y reclamos sociales que actualmente se vienen dando desde la puesta en marcha de la LTBG y todos los elementos que la rodean y que de alguna manera ha sido un generador de opinión, del que ahora podemos extraer una muestra representativa. Se presume lógicamente una amplia diferencia entre impresiones e interacciones dado el previo conocimiento de instituciones y actualidad que ha de tenerse para afrontar algunas preguntas del que afortunadamente a pesar de ello se ha logrado una importante participación

En el primer cuadrante se muestran los resultados exactos de la encuesta agrupados por respuestas y en el segundo cuadrante se muestran los resultados de actividad clasificados en base a cada pregunta, la fecha en que se realizaron, orden de formulación en plataforma para hacerlo más atractiva y finalmente el total de cada campo y su promedio.

Orden Pregunta	Opción 1	Opción 2	Opción 3	Opción 4
1 La LTBG, vulnera la intimidad de gobiernos locales, autonómicos, estatal y de los funcionarios:	Muy de acuerdo 0%	De acuerdo 20%	Desacuerdo 28%	Muy en desacuerdo 52%
2 La Transparencia de Estado puede reducir la corrupción:	Muy de acuerdo 42%	De acuerdo 35%	Desacuerdo 12%	Muy en desacuerdo 12%
3 Me preocupa la información pública que posee la Administración Pública a veces la solicito:	Muy de acuerdo 21%	De acuerdo 36%	Desacuerdo 21%	Muy en desacuerdo 21%
4 Tengo en cuenta la transparencia a la hora de votar un partido o valorar empresa o administración:	Totalmente 68%	Parcialmente 23%	Nada 9%	
5 La ley de la Transparencia ha cambiado la forma de hacer las cosas en la Administración:	Totalmente 32%	Parcialmente 21%	Nada 47%	
6 La sanción a altos cargos por incumplimiento de principios de buen gobierno y transparencia, ¿disminuye la corrupción?	Totalmente 44%	Parcialmente 33%	Nada 22%	
7 La información institucional se localiza en España fácilmente y en los formatos adecuados:	Totalmente 6%	Parcialmente 69%	Nada 25%	
8 ¿Debería el derecho de acceso a la información ser un derecho fundamental?	Sí 80%	No 20%		
9 Que las 21.000 instituciones de España publiquen un inventario de bienes y derechos debería ser necesario:	Sí 90%	No 10%		
10 El CTBG, ¿es independiente?	Sí 20%	No 80%		
11 ¿Esta España más cerca de alcanzar un Estado de la Transparencia absoluto tras las reformas que se viene implantando?	Sí 38%	No 62%		
12 Desde la LTBG, ¿Se combaten mejor la corrupción?	Sí 64%	No 36%		
13 ¿Diría que España posee un Estado de la Transparencia?	Sí 38%	No 62%		
14 ¿Ha sido la transparencia un asunto de Estado o de partido?	De Estado 42%	De partido 58%		
15 El portal pide dni y lector que solo tiene el 15 población, esto es:	Adecuado y sencillo 29%	Mejorable 71%	Excluyente 0%	

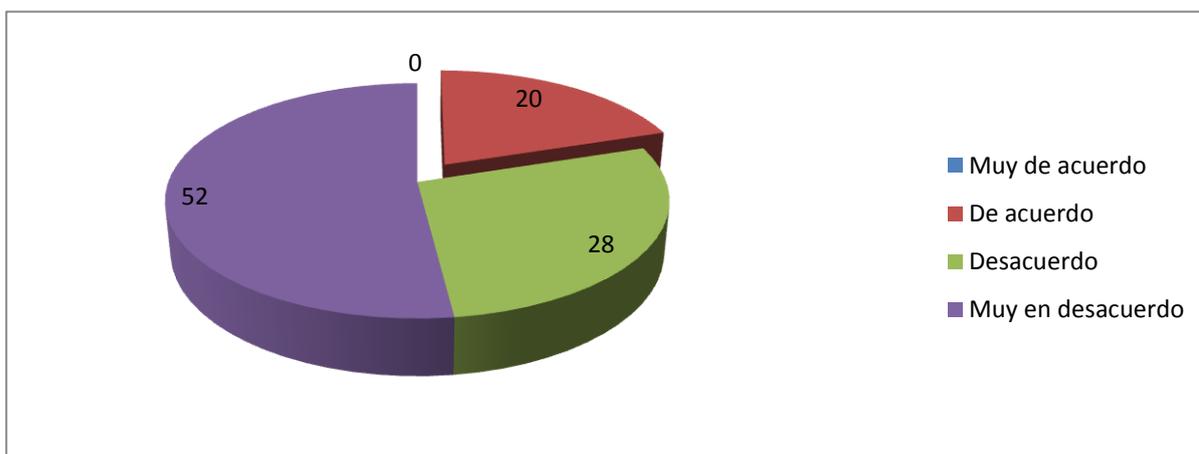
Preguntas	Fechas	Impresiones	Interacciones totales	Votos	Apertura de detalle	Retweets	Me gusta	Respuestas	Twit N°:
1	15jul-22jul	617	54	25	11	7	7	0	2
2	22jul-30jul	572	59	26	15	5	3	1	3
3	30jul-6ago	372	61	40	6	6	5	2	4
4	6ago-12ago	392	40	22	9	2	2	0	5
5	12ago-18ago	703	43	43	11	5	4	1	6
6	3sep-10sep	237	15	9	1	3	2	1	9
7	25ago-2 sep	429	30	15	2	5	6	0	8
8	18ago-25ago	198	21	10	5	2	5	0	7
9	24sep-10oct	216	14	10	0	4	2	0	12
10	10sep-17sep	264	18	10	5	3	2	0	10
11	15oct-23oct	471	28	13	9	4	3	1	15
12	8jul-15jul	920	106	55	16	15	5	1	1
13	10oct-8oct	631	40	21	9	5	5	1	13
14	8oct-15oct	537	30	12	8	4	4	1	14
15	17sep-24sep	169	13	7	2	3	2	0	11
TOTAL		4920	513	241	81	57	43	8	109
PROMEDIO		447,2727273	38,13333333	21,2	7,363636364	5,18181818	3,90909091	0,545454545	7,785714286

Expuestos los cuales y comenzando con la el cuadrante correspondiente a actividad de las cuestiones ofrecidas se observa que, a estar de haber adaptado las preguntas para hacerlas comprensibles, durante los meses de estío ha sido menos la participación, disparándose en los últimos meses del curso que además coincidieron con una amplia actividad electoral.

El dato fundamental del estudio es la muestra de impresiones donde encontramos 4.920 impresiones a día de extracción de datos, aunque siga permanente su actividad. Casi 5.000 impresiones, son 5.000 personas a las que les ha llegado la encuesta, el dato a partir del cual han decidido o no participar. Contrastando esta variable con las más de 500 interacciones nos arroja que 10 de cada 100 personas han estado interesadas en participar en un estudio sobre transparencia y acceso a la información y que por lo tanto están interesadas en este campo pues, como se adelantaba, se requería un mínimo conocimiento en la materia para poder responder con fundamento. Un 1,7% de usuarios se han interesado en el perfil del autor y 108 ocasiones se han querido compartir el contenido en muro propio.

Analizando gráficamente pregunta por pregunta lo pertinente al segundo cuadrante, muestra del estudio se extrae:

1. La LTBG, vulnera la intimidad de miembros pertenecientes a gobiernos locales, autonómicos o estatal y de los funcionarios:

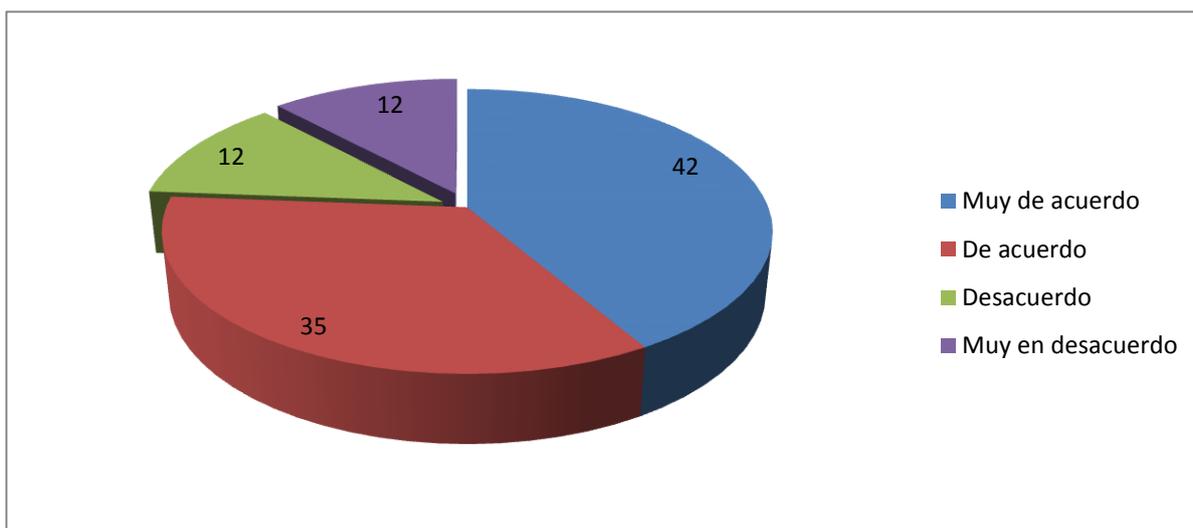


Por el enfrentamiento de posturas, abanderando una de ellas la laxitud de los límites a las solicitudes de información que permiten inmiscuirse en ciertas esferas de discutible intimidad, se creó una dicotomía llevada a debate tanto en los foros de transparencia y acceso a la información como en los análisis.

De este debate se plantea la idea en la que la exploración en la cual destaca tanto la respuesta del extremo negativo como la simplemente negativa, una amplia mayoría con un 80% se ha posicionado en contra de la sensación o idea que la LTBG pueda vulnerar el ámbito de la intimidad de los sujetos obligados al cumplimiento de las premisas de dicho texto con lo que se cree que el espacio dedicado a la cosa pública se encuentra en la LTBG equilibrada la intimidad con el acceso a la información.

En esta lectura de resultados, donde el 20% que piensa que se vulnera la intimidad de los gobernantes y funcionarios, instalados todos en la opción más moderada de las ofrecidas, se cumple con la expectativa inicial de que se llega hasta donde se tiene que llegar con la LTBG. Puede parecer incluso llamativo que exista una porción tal que considere esta vulneración. Es llamativo por la desafección política que ha ido creciendo en la ciudadanía y que en lo último en lo pudiera parecer que pensase fuese en el estado de la intimidad del político que lo gobierna con lo que se ha sopesado el alcance de las obligaciones de buen gobierno y las normas de la ley objetivamente.

2. La Transparencia de Estado puede reducir la corrupción:



En no pocos estudios y sobre todo discursos académicos, administrativos y académicos, como forma del mainstreaming, se ha añadido la transparencia y el empoderamiento del acceso a la información pública como el maná de la buena gobernanza⁴⁰¹ y el remedio a todos los males del Estado, a veces con excesivo optimismo, reiteración y forma de atraer voluntades.

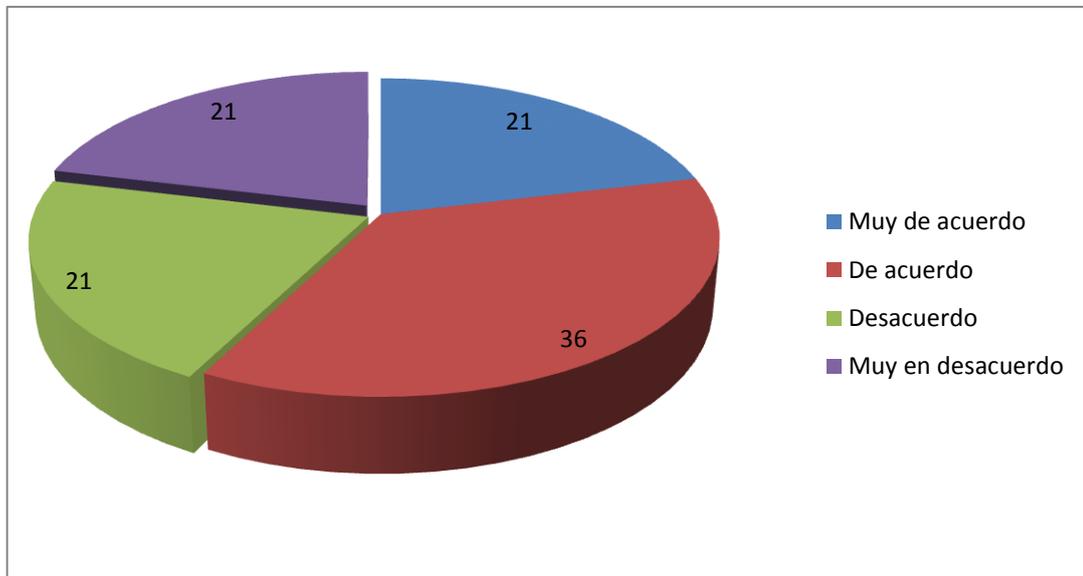
Planteando esta cuestión, parece ser que el discurso ha ahondado en las conciencias, un 77% de los encuestados así lo avala, comparten la afirmación de que políticas legislativas dirigidas a hacer más transparentes las instituciones disminuyen las tentativas y consumaciones de corrupción, siendo la opción rotunda la de “muy de acuerdo” la mayormente deseada. Esta mayoría otorga legitimidad y avala ampliamente a continuar con las aspiraciones y objetivos que la Transparencia de Estado se ha marcado.

Frontalmente existe un 23% escéptico aún reacio a aceptar los distintos métodos de transparencia y acceso a la información como herramientas directas para combatir la corrupción desde dentro en las propias instituciones, existiendo un notable 12% decantado en que la corrupción es totalmente impermeable a toda práctica en transparencia, bien política o legislativa, componentes de la Transparencia de Estado.

En este sentido se observa la concepción de la ley como antídoto anticorrupción más que como vitamina para mejorar la calidad democrática y administrativa. Del resultado empieza a declararse la existencia de un sector contrario a la LTBG o la forma de haberse acometido, un sector de ¼ de los encuestados.

⁴⁰¹ Frente a la posición del que escribe, defensor de los valores que titulan la obra, existen posturas pesimistas y que dan a los mismos una nula utilidad en el Estado como el siguiente: <http://politikon.es/2013/02/12/la-transparencia-no-sirve-de-nada/>

3. Me preocupa la información pública que posee la Administración Pública, a veces la solicito:

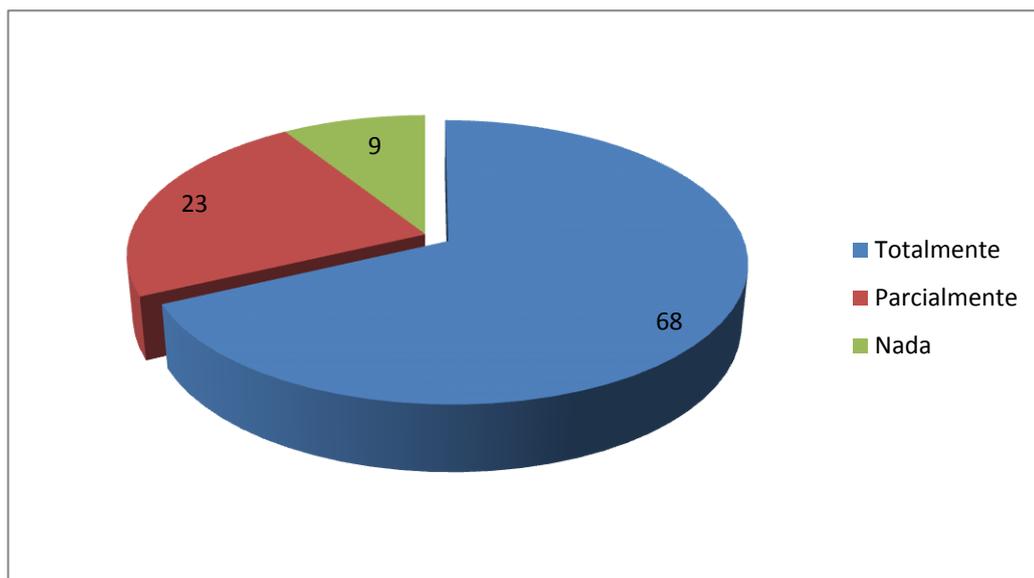


Recientemente, en diciembre de 2016, se motivaba por parte del CTBG a todos los ciudadanos a utilizar el PTBG dado que el promedio de solicitudes por día era de 10, de los cuales el 80% eran efectuadas por periodistas y asociaciones u organizaciones. El argumento de los que niegan fundamento, por no ser demandada o poco usada, la herramienta de solicitud de información que constituye el Portal de la Transparencia y que regula la LTBG, cae por este resultado.

La creación de esta herramienta queda socialmente fundamentada de dos formas, primero por demostrar que la información pública preocupe aunque no siempre se solicite y no por ello deja de importar. En segundo lugar por el complemento de la pregunta, asociado por género y sentido de la respuesta, se demuestra que a veces se han solicitado informaciones, con un 56% los que alguna vez la han pedido y a los que les preocupa. No son solo periodistas u organizaciones los que han respondido, sino personas aleatorias que han decidido participar. Ante la afirmación propuesta, una amplia mayoría confirma que le preocupa la información pública y que a veces la ha solicitado de alguna manera.

A pesar del dato destacado de esta cuestión, que es que la información que posee la Administración o el Gobierno resulta de interés, no puede despreciarse la inesperadamente fuerte minoría que desprecia la información pública y que jamás ha solicitado información. A pesar del dato no es razón suficiente esta para negar las mejoras de acceso a la información que puedan ejecutarse, centradas en facilitar el proceso para hacer el trámite más accesible y por supuesto garantizar la herramienta a pesar de que no sea industrialmente demandada, pues esa es la razón de ser de los servicios públicos, garantizar un servicio necesario para el ciudadano a pesar de ser costoso y poco demandado, por lo que un ente privado no podría llevar a cabo, ese es el espacio de lo público.

4. Tengo en cuenta la transparencia a la hora de votar un partido o valorar empresa o administración:



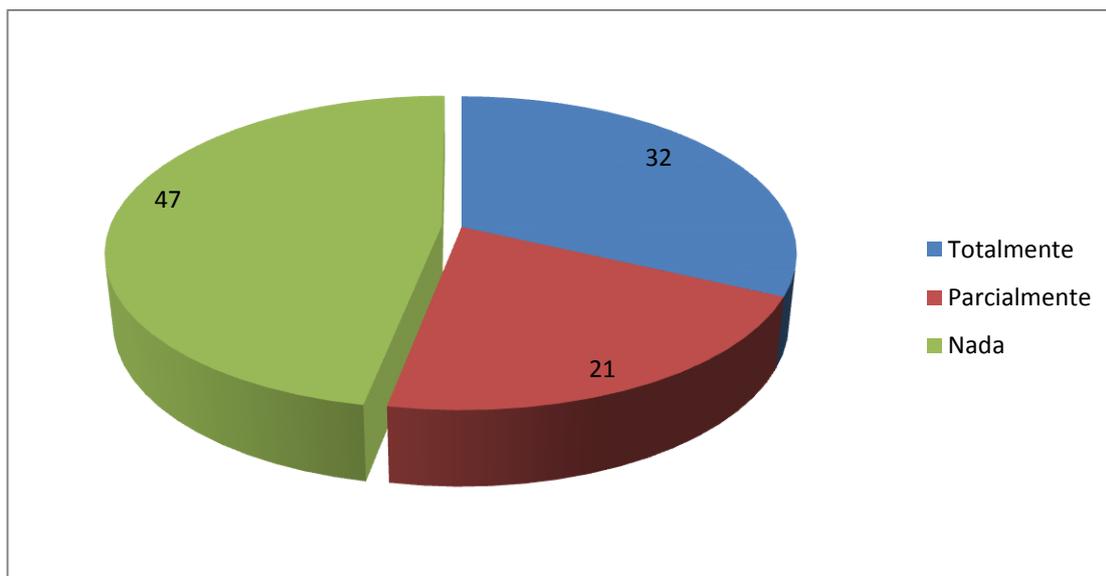
Actualmente, con la cualificación del votante se ponen de manifiesto nuevas variables que influyen en la dirección del voto electoral en unas elecciones en España. La posición respecto a temas de actualidad, los presupuestos, la inversión, las relaciones internacionales, pero hoy día gana fuerza la transparencia de un partido, la pulcritud y la honestidad del candidato, el buen gobierno que le precede como reputación y su permeabilidad a la solicitud de información. Esto mismo ocurre cuando se ha de firmar

un contrato con un banco, una empresa u otro agente social con el que se relacione un compromiso.

Continuando con la valoración social y en redes de las voluntades y su valoración de la Transparencia de Estado, se pasa a un punto determinante, las inclinaciones electorales cuando se aprecian estas en los programas y su visión de las mismas. No existen actualmente formaciones que no se hayan posicionado en la materia, y tampoco existe ninguna que se niegue a hacer este tipo de políticas que cada vez son más visibles y prioritarias. También, como se adelantaba, se incluye en la exploración la percepción y valoración social que se tiene de una empresa o administración para no circunscribir todo el peso al sector electoral.

Pues bien, ha logrado el segundo impacto de participación más grande del estudio en redes por el atractivo de lo político en Twitter, donde el 68% de los encuestados determinan que atienden totalmente a la forma de rendir cuentas, imagen de transparencia y apertura que ofrece un partido político, una empresa o una administración. Un nada despreciable 9% consideran irrelevante las cualidades de transparencia como determinantes de su opinión o inclinación, sector que parece ser inamoviblemente fiel a una marca cual sea su perfil al respecto.

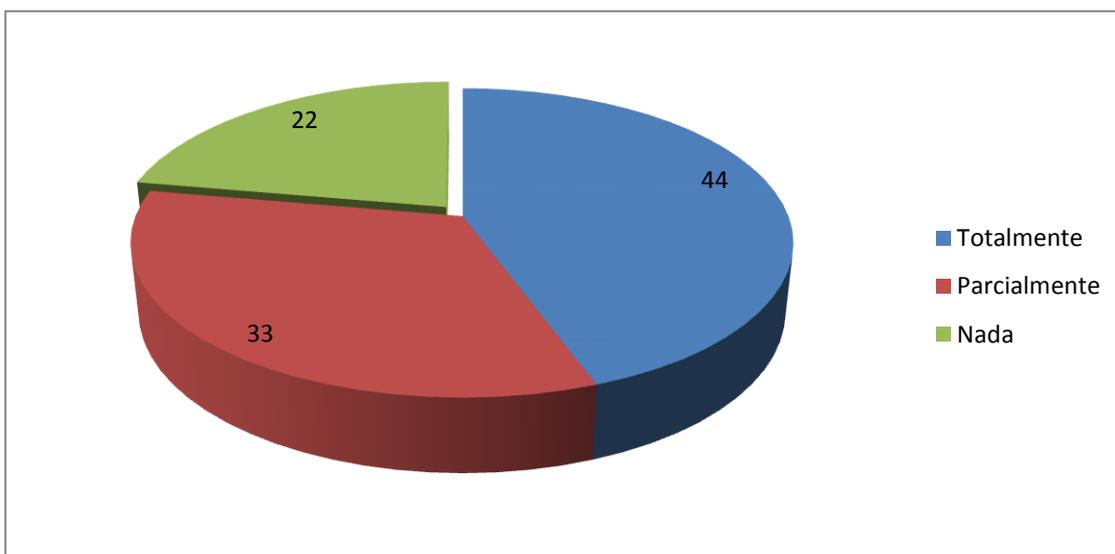
5. La Ley de la Transparencia ha cambiado la forma de hacer las cosas en la Administración:



La percepción popular del cambio y la transformación de las instituciones tras la aplicación y desarrollo de las premisas legales de los últimos años es un dato que ha de tenerse en cuenta y ser individualmente encuestado. Una de las razones que más motivaron la publicación de la LTBG fue la necesidad de dar una nueva interfaz a la Administración y al Gobierno, que hiciese a ésta más accesible y efectiva, acorde a los acontecimientos de nuestros homólogos europeos, donde la rendición de cuentas es una parte irrecindible de lo público.

Una percepción de 703 y una fuerte interacción indican el interés que la pregunta ha supuesto de la que se extrae que un pesimista 47% ha decidido declinarse por la inamovilidad administrativa al cambio que implanta la LTBG, uno de cada dos encuestados ha decidido que la Administración continúa igual que antes de los cambios en transparencia con lo que no encuentran cambiada la Administración y mantienen su misma visión. El otro encuestado opina que ha cambiado aunque sea algo a partir de la LTBG.

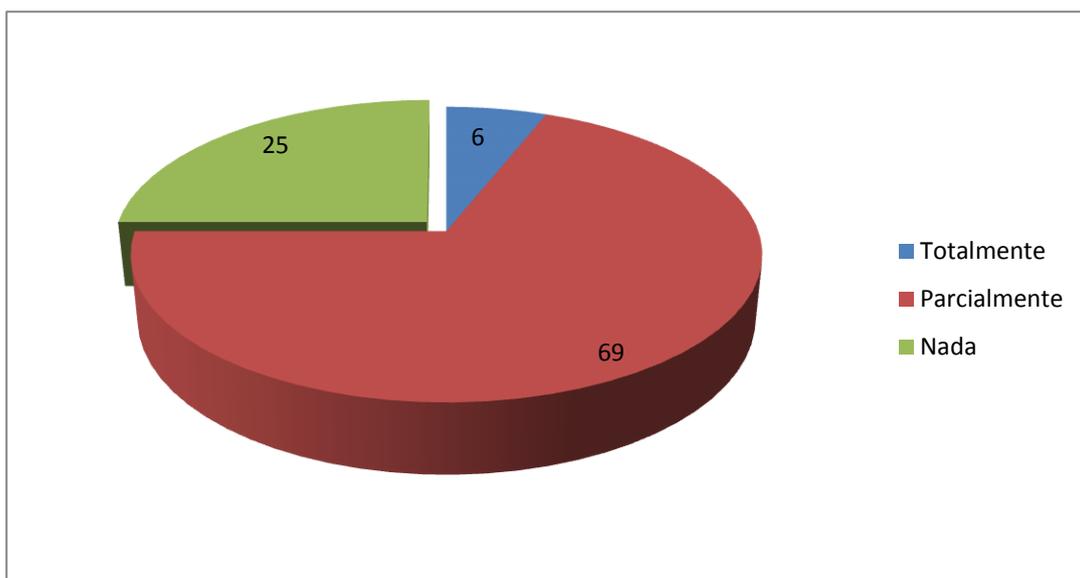
6. La sanción a altos cargos del Gobierno y Administración por incumplimiento de principios de buena gobernanza y transparencia, ¿disminuye la corrupción?



Volviendo a retomar esta cuestión en otra fecha y buscando nuevos resultados, se plantea de nuevo el efecto de los cambios sobre la corrupción. Abordando los retos de Buen Gobierno que el Estado se plantea, la sanción ha constituido un eje importante como potestad pública, una disuasión directa contra la corrupción que siempre ha funcionado en España. Junto con el régimen sancionador que la LTBG trata, aunque no desarrolla legislativamente con medida ni urgencia, los principios implícitos han sido también otro utensilio legal ante esta problemática, que sean o no útiles y efectivos es justamente lo que se cuestiona.

La efectividad de esta Transparencia de Estado, resultado buscado en esta exploración, arroja que aproximadamente 8 de cada 10 encuestados confían total o parcialmente en estas medidas. Frente a esto, un 22% coincidente con el 24% que veíamos era reacio a pensar que la Transparencia pudiese disminuir la corrupción continúan negando eficacia a tal remedio. Se empieza a consolidar en el estudio la existencia de un 20-25% de encuestados desencantados con la forma de abordar la transparencia o que directamente encuentran imposible la reducción de la corrupción.

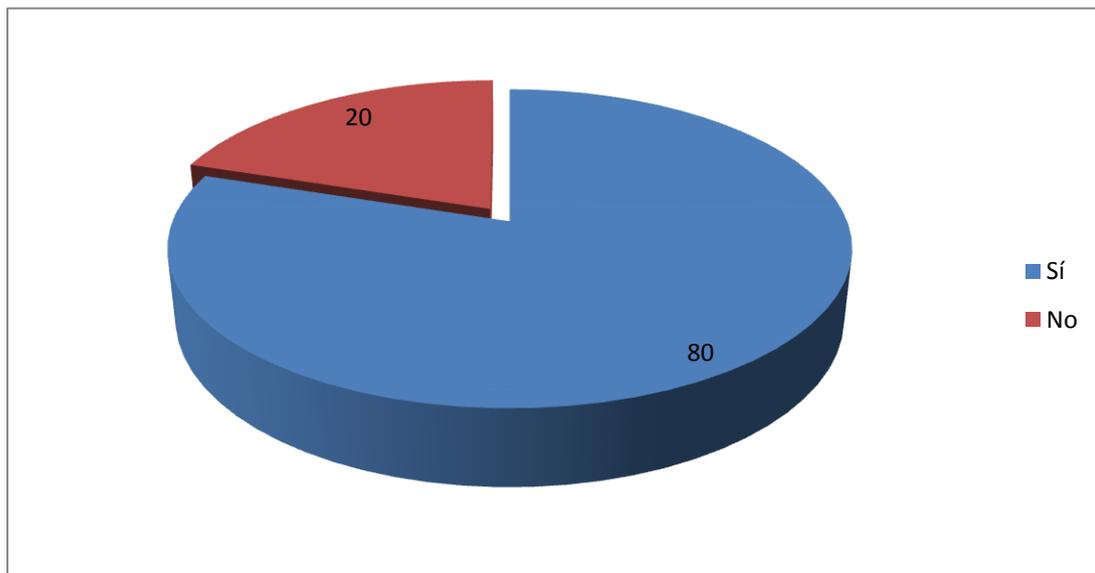
7. La información institucional se localiza en España fácilmente y en los formatos adecuados:



La accesibilidad de información por parte del ciudadano a través de canales públicos por medio de la publicidad activa es uno de los objetivos de la LTBG con la proliferación de portales en cada institución con los datos obligados. Habiendo pasado un periodo prudencial de tiempo, considerable para calificar este servicio-obligación y volviendo a plantear semanas después la situación del el acceso a la información pública en España en la encuesta, se ofrece al usuario opinar si se es accesible adecuadamente la información o no.

Los resultados han sido piadosos con los sistemas habilitados actualmente. Vuelve a coincidir este 65% con el anterior resultado a favor de la transparencia como mecanismo anticorrupción, sector incondicionalmente optimista sin duda con la LTBG, especialmente el benévolo 6% de opina que los accesos son totalmente adecuados. El sector inconformista se sigue consolidando pero es determinante el dato de una consolidación más importante a ojos del estudio, la de la publicidad activa en nuestra administración a partir de la LTBG.

8. ¿Debería el derecho de acceso a la información ser un derecho fundamental en la Constitución Española?



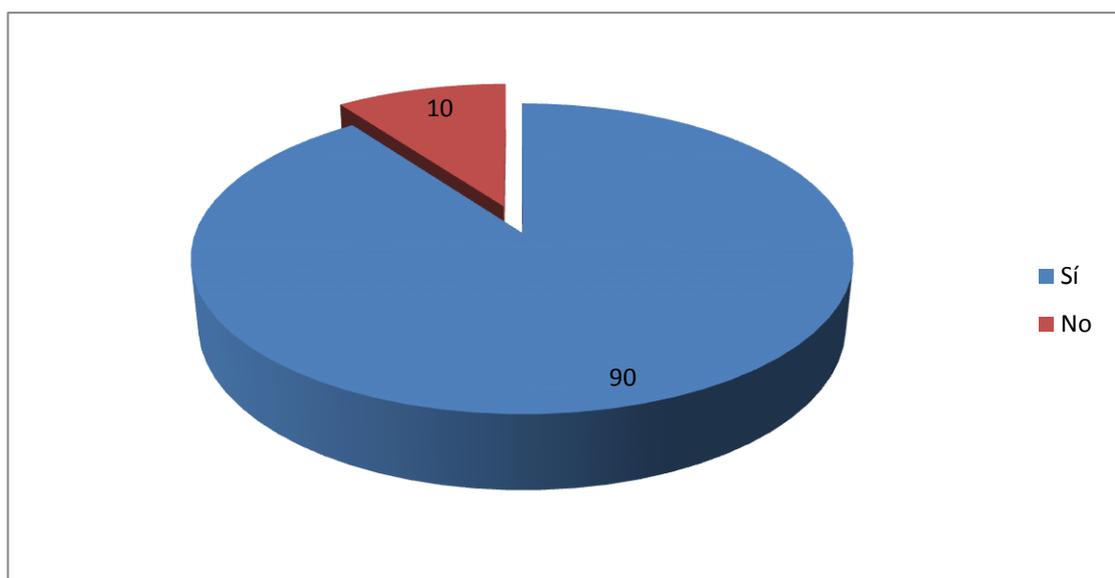
En la tesis ha podido abordarse más que detenidamente las razones para considerar o no el derecho de acceso como fundamental y su comparación en una gran

cantidad de países. Es importante también conocer la opinión pública al respecto por medio de este canal. Atornillando el iusfundamentalismo del derecho de acceso en la encuesta como uno de los objetivos de la tesis que pretende buscar motivación en la defensa de tal condición, se encuentra un resultado afortunadamente concordante con las lides del autor.

El sector agorero con el Estado de la Transparencia vuelve a estar presente lo cual puede empezar a sugerir que es esta la porción social que desconfía en la efectividad de la Transparencia de Estado o la forma de abordar y aplicar estas medidas y políticas legislativas. Un 80%. 8 de cada 10 encuestados creen que el derecho de acceso a la información pública debe de ser un derecho fundamental en nuestro país.

Si en términos democráticos y aludiendo al principio de las mayorías buscamos razones para considerar fundamental el derecho de acceso, es este dato más que reconfortante. En el capítulo de fundamentación de este derecho se alude a este dato del todo relevante.

9. Que las 21.000 instituciones de España publiquen un inventario de bienes y derechos debería ser necesario:

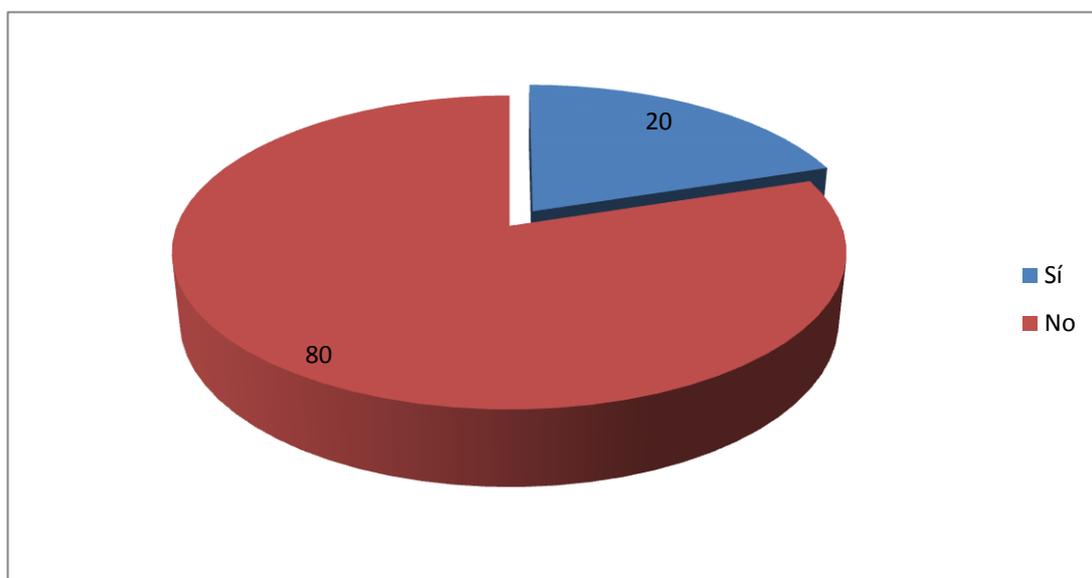


Se valora esta vez la actitud de administrativa ante la obligación de publicidad activa. Siempre que se plantean nuevas propuestas en transparencia activa hay una recepción prácticamente unánime y es que todo lo que sea engrandecer el abanico informativo al que el ciudadano pueda acceder es un avance para la democracia.

La propuesta de algunas organizaciones de que ha de publicarse inventarios para evitar oportunidad a la corrupción es una medida a tener en cuenta y que había que valorar, por ser una medida a opinión del autor barata de aplicar y rentable en beneficios.

El resultado de la medida propuesta es que un 90% de los encuestados creen que ha de publicarse para consulta o control popular los inventarios de todas las instituciones. En este caso la publicación de inventarios es una forma indirecta más de eliminar la oportunidad de meter la mano en caja, que al fin y al cabo, si se cree que el hombre es corrupto por naturaleza, se ha de eliminar toda oportunidad de serlo.

10. El CTBG, ¿Es independiente?

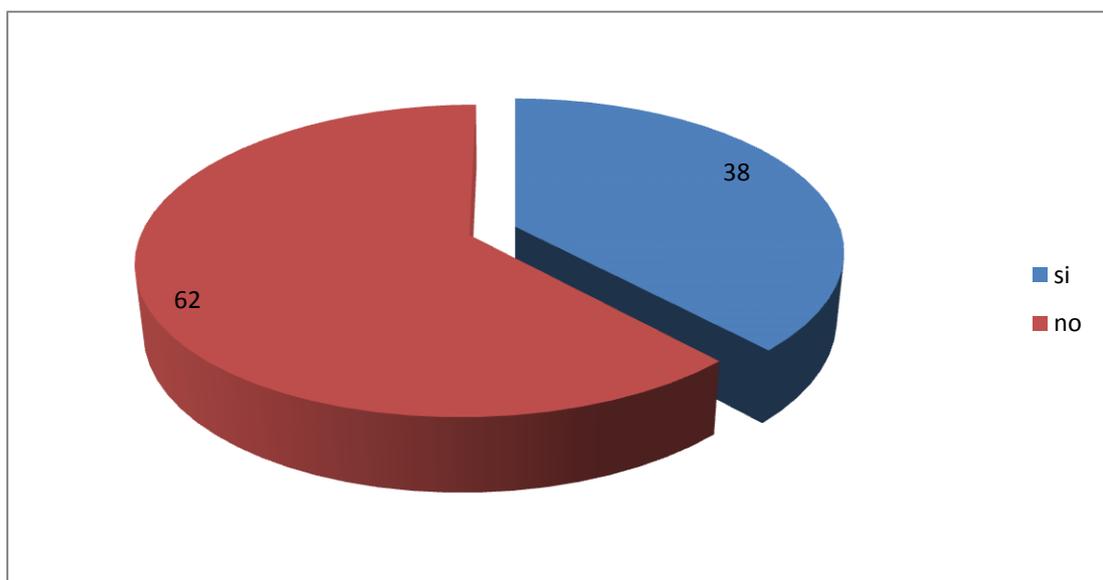


Como se trataba en la tesis, otra de las críticas que ha recibido la LTBG desde el inicio, es la composición, posición y función del CTBG. Aparte de la valoración y análisis en la obra, se ha querido contrastar en redes la valoración de la institución.

A pesar de ser una pregunta más técnica que el resto, el reducido espacio de exposición o que requiere conocimientos mínimos en la materia y poseer un menor impacto en redes, el resultado de esta encuesta es que 8 de cada 2 participantes creen que no es un organismo independiente. La vista que puede extraerse de la encuesta es que ha habido una fuerte abstención por la naturaleza de la pregunta aunque los usuarios que han decidido participar se han decantado por negar la independencia del ente con lo que el, teniendo en consideración la baja participación como una participación especializada, se ha de valorar con delicadeza.

No es despreciable esta opinión o esta confianza en tal institución que al fin y al cabo es la ventanilla única donde se despachan todas las materias a este respecto a lo que habría que atender a la imagen que ofrece la corporación, incidir en la explicación del nombramiento de los miembros que la componen partiendo de la base que no es totalmente independiente.

11. ¿Esta España más cerca de alcanzar un Estado de la Transparencia absoluto tras las reformas que se viene implantando?

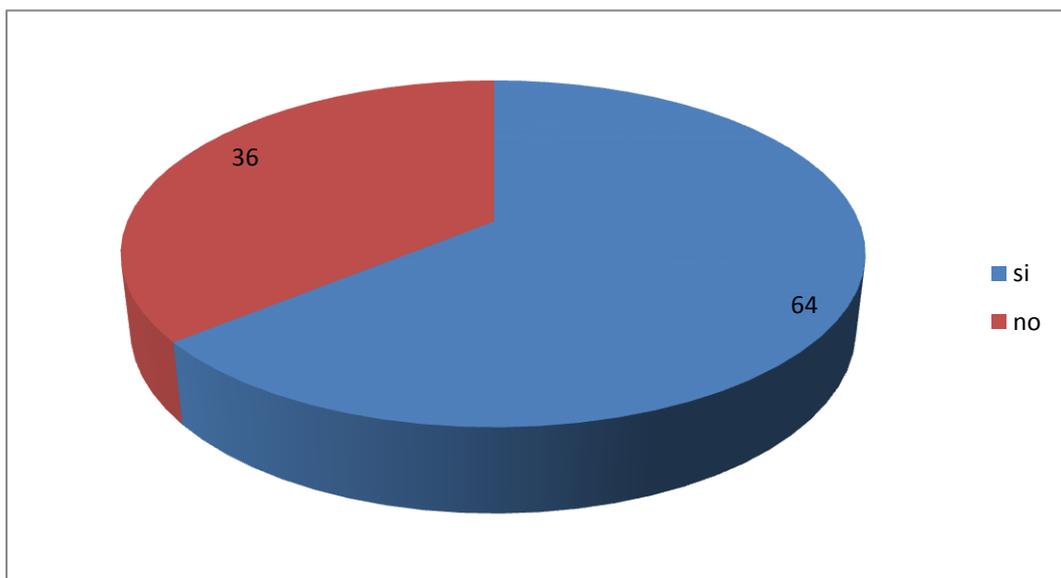


Planteando un escenario de transición, del Estado conocido hacia uno al que se pretende aspirar conocido como Estado de la Transparencia, un pleno estado de

bienestar, se busca conocer la percepción de cambio de nuevo y la eficacia de las medidas.

El resultado es que un 38% de los cuestionados, algo más holgado que el habitual 20-25% pesimista con las reformas, ha decidido que es larga la distancia que aleja a nuestro Gobierno y a nuestra Administración de evolucionar a un Estado de la Transparencia en el que toda la información pública es accesible y en la que la corrupción sería un ejercicio complicado de ejecutar.

12. Desde la LTBG, ¿Se combaten mejor los delitos de corrupción?



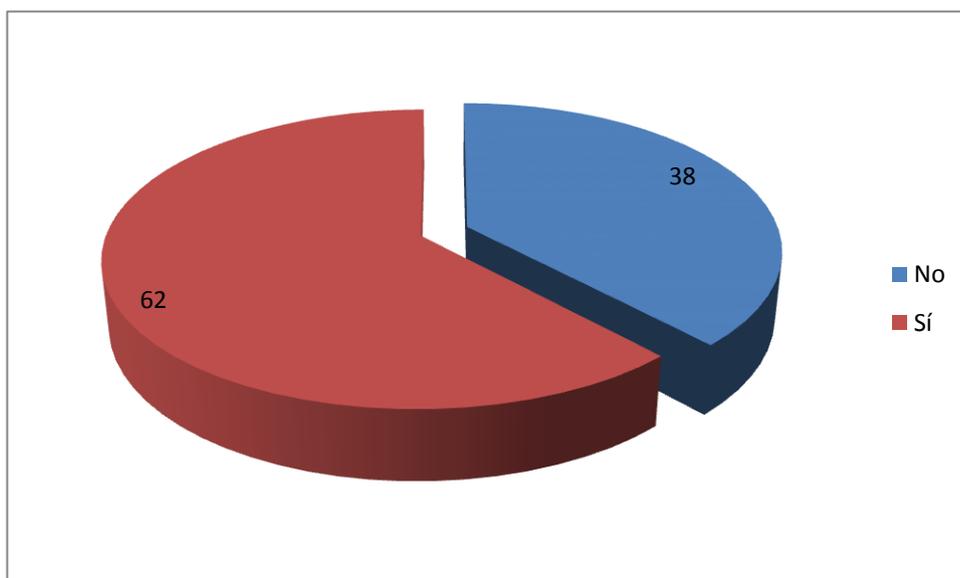
Preguntando, de otra manera más, la confianza y eficacia de la transparencia como cuando se preguntaba la disminución de corrupción por auge de transparencia se ha obtenido el más amplio impacto de la exploración con más de 100 interacciones y 920 impresiones, lo que hace un total de 18,4% del interés total del exploratorio haya ido a esta cuestión a pesar de permanecer el mismo tiempo y en mismas condiciones que el resto.

Un 64%, menos sector optimista que en el resto de encuestas especialmente el 77% que total o parcialmente confían en la transparencia como disminuyente de

corrupción con lo que en teoría se confía más en la transparencia que en la práctica una vez aplicada la LTBG.

Frente a este dato práctico como el que se pregunta, hay un crecido 36% que confirma que existe un 13% de variabilidad respecto a aquella encuesta número dos y del que sobreentiende que un 13% crea que aunque es una gran herramienta la transparencia, no se está aplicando correctamente o que no se están obteniendo los resultados esperados.

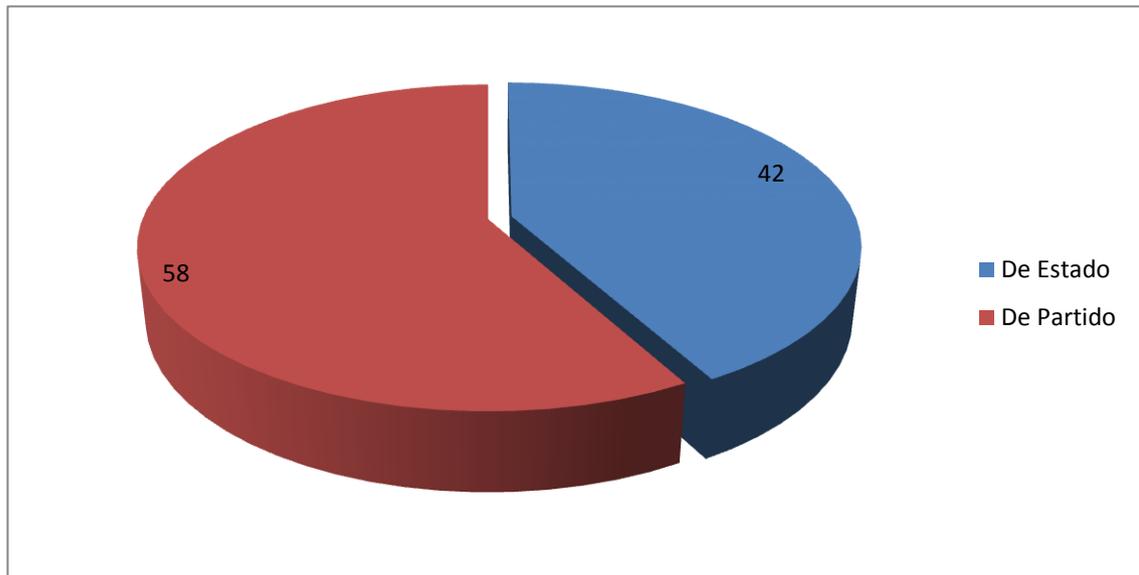
13. ¿Diría que España posee un Estado de la Transparencia?



Se establece una pregunta de contraste enlazándola con la número 11 (¿Está España más cerca de alcanzar un Estado absoluto de Transparencia?) con la variante de que ya no se expone el proceso de conversión sino la posesión actual de un Estado de Transparencia.

El resultado es que un 62% de los encuestados opinan que España ya posee un Estado de Transparencia de lo que es interpretable que el 36% de los que respondieron negativamente a si estamos alcanzando tal estado respondieron así porque creen que España ya posee dicha condición y por ello no se podía alcanzar.

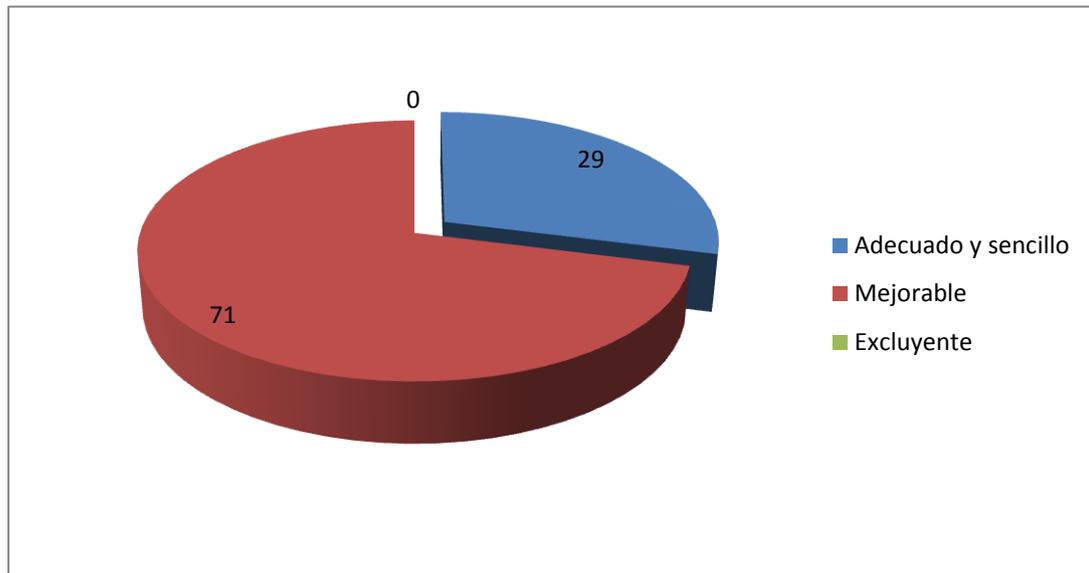
14. ¿Ha sido la transparencia un asunto de Estado o de partido?



Otra de las grandes cuestiones que se ha ido debatiendo en la calle y en los foros de Gobierno es si se ha estado abordando la transparencia como un asunto beneficioso y al servicio de la nación para que perdure en el tiempo y vaya fructificando o si es una mera política legislativa de partido al servicio de los intereses electorales e ideológicos que quedan en agua de borrajas y al albur del gobierno activo como ha ocurrido con otras materias como la educativa en la que han sido tantos los cambios.

Aunque es un dividido resultado el obtenido respecto a las posturas, ha sido un 58% los encuestados que opinan que es un asunto de partido los que se han sobrepuesto al 42% que la ven como de Estado.

15. El portal pide DNI electrónico y lector de tarjetas que solo posee el 15% de la población española, esto es:



Aunque actualmente existen medios de solicitud alternativos como la solicitud de claves con invitación y registro en el Portal y una sección para ciudadanos europeos no ha sido siempre así, especialmente desde la publicación de la LTBG hasta el 2016. Respecto al acceso a la información pública como tema colofón de la exploración, se expone una de las mayores críticas recibidas por parte de organizaciones y usuarios respecto al Portal de la Transparencia, el parapeto que supone la excesiva acreditación a la hora de solicitar información. La brecha digital supone algo que va más allá de lo informático, va a que el derecho a ser informado o a informarse queda en manos de un sector de la población con independencia de su tamaño por dos razones. La primera de ellas es la posesión de los conocimientos informáticos que requiere este tipo de solicitudes que no solo pocas, desde navegación básica por la red hasta hardware para el uso de tarjetas externas, conocimientos que no tienen todas las personas mayores que no se han familiarizado por razones de edad con esta TIC.

La segunda es la posesión de un estatus ciudadano, que posea dni como persona física y además que sea de las cédulas de nueva generación que incluyen el chip electrónico. Si a la población ciudadana solicitante de información se le resta los que no

tienen aún un DNI electrónico de segunda generación y a esta los que no poseen lector de tarjetas queda una muy reducida parte que pueda solicitarla, lo cual desvela que es excluyente para los que no posean estos medios. Un 71 % de los encuestados creen que no es adecuado el formato de solicitud en el portal, ningún encuestado ha opinado que es excluyente.

II. Manifiesto para implementar una efectiva transparencia pública

La reunión de estudiosos de la transparencia, funcionarios del ramo, periodistas, investigadores, politólogos, juristas y demás personalidades de los cinco continentes, todos con carácter de congresistas, en el I Congreso Internacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública permitió intercambiar opiniones y experiencias. La mayoría de los participantes, entre los que se encuentra el que escribe, consideramos que la transparencia pública es esencial en una democracia avanzada, porque facilita que las personas sean más libres e iguales. Para poder participar en los asuntos públicos se exige previamente información de lo público. Además es un mecanismo de control y una forma para satisfacer necesidades de información de los ciudadanos.

Fruto de este congreso se propone el siguiente manifiesto:

DERECHO DE ACCESO Y TRANSPARENCIA

1. La transparencia de las instituciones públicas debe ser el resultado de un derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a la información pública, no el mero ejercicio de “*buenismo*” para perfeccionar las administraciones públicas.

MEJORAR LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA

2. Se debe perfeccionar la normativa de transparencia y, en concreto, la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. Los 10 principios de la Coalición Pro Acceso para una buena Ley de Acceso a la Información y Transparencia deben inspirar estas modificaciones legislativas.

CONDICIONES MATERIALES Y PERSONAL DE LOS SUJETOS OBLIGADOS A LA TRANSPARENCIA

3. Es necesario invertir en el capital humano de los sujetos obligados a la transparencia. En concreto, es imprescindible formar a funcionarios y servidores públicos, para así crear una cultura de transparencia.
4. Se deben destinar recursos para mejorar los archivos y los sistemas informáticos, con objeto que estén en condiciones de proporcionar información comprensible y en un tiempo mínimo.
5. Aquellas organizaciones que por su condiciones materiales y de recursos humanos no puedan afrontar el servicio de transparencia deben ser dotadas de los medios necesarios o apoyadas desde otras instituciones. En particular esto es esencial para los pequeños ayuntamientos.

TRANSPARENCIA ACTIVA

6. Hay que seguir trabajando por la accesibilidad y usabilidad de los portales de transparencia.
7. Se debe promover la integración de la Administración Electrónica en los portales de transparencia.
8. La información pública debe ser comprensible para los ciudadanos, incluso la información presupuestaria y económica, pues son necesarios unos *“presupuestos fáciles de comprender”*.

DERECHO DE ACCESO O TRANSPARENCIA PASIVA

9. Se deben posibilitar diferentes medios de acceso a la información pública. La solicitud de información debería poder realizarse electrónicamente, en papel, presencialmente o por cualquier otra vía.
10. La identificación del solicitante de información no puede ser una barrera que impida ejercer el derecho de acceso.
11. Es imprescindible dar a conocer a todos los ciudadanos que tienen derecho a acceder a la información pública.

APERTURA INSTITUCIONAL

12. Los formatos reutilizables deben ser el estándar de publicación de la información.
13. Hay que abrir a los ciudadanos los Registros Públicos como el Registro Mercantil y de otras organizaciones relativas a los sectores económicos: Banco de España, CNMV entre otras, sin que las tasas sean una barrera para el acceso.
14. Las agendas institucionales y de Altos Cargos deben de estar a disposición de todos los ciudadanos. Como norma general tenemos derecho a saber con quién, cuándo y cómo trabajan los servidores públicos.
15. Es necesario que se retransmitan las reuniones de los órganos colegiados (reuniones abiertas) y que puedan ser consultados con posterioridad. En particular, los correspondientes a los órganos plenarios de las Administraciones Públicas, mesas de contratación y órganos de control.
16. La efectiva colaboración entre los organismos públicos y privados encargados de promover, acreditar y vigilar la transparencia pública debe ser una prioridad del ecosistema de la transparencia.
17. Los límites a la transparencia deben ser los mínimos imprescindibles en una sociedad democrática.
18. Los Estados deben comprometerse con las iniciativas internacionales de gobierno abierto y transparencia pública. En concreto, con la iniciativa de Gobierno Abierto (Open Government Partnership) y con el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. España debería ratificar ya este Convenio.

Madrid, 29 de septiembre de 2016

III.- Índices de Transparencia por órganos de Gobierno en España

Actualmente, a pesar de las intenciones del Gobierno de la Nación en crear índices que den alarde en el CTBG y el PTBG, los indicadores de medición y análisis existentes en España sobre transparencia y anticorrupción son desarrollados por organizaciones no gubernamentales, asociaciones y fundaciones aunque a día de hoy existen ya gobiernos⁴⁰² que ofrecen indicadores propios.

El art. 38.1.d) LTBG dispone que una de las funciones del CTBG es la de “Evaluar el grado de aplicación de esta Ley...” la cual no se entiende exclusivamente con la evaluación a través de memorias. El control, indexación, clasificación, cuantificación y medición de la corrupción y la transparencia son relevantes⁴⁰³ tareas previas a la evaluación pues de ahí es de donde parte aquella, su análisis y la posterior toma de decisiones al respecto.

A continuación se enumeran los índices disponibles aplicados en España:

a) El índice de Transparencia de las Comunidades Autónomas (INCAU).

Disponible en:

http://www.transparencia.org.es/INCAU_2010/Cuadro_General_de_Indicadores.pdf

⁴⁰² En Colombia, por ejemplo, existen los siguientes índices públicos que resultan de utilidad: Indicador Compuesto de Rendición de Cuentas, Indicador Compuesto de Calidad de mapas de Riesgo de Corrupción, Indicador de Oferta y Demanda de Información Pública, Indicador Compuesto de la Cultura de la Legalidad, Indicador Compuesto de las Comisiones Regionales de Moralidad y el Indicador de Prevención de Corrupción de Corrupción en el Sector Privado. En Chile existe un Índice de actos y documentos calificados como secretos o reservados promovido por su Consejo de Transparencia. Disponibles en: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/Indicadores-de-Transparencia.aspx> y <http://www.consejotransparencia.cl/indice-de-actos-y-documentos-calificados-como-secretos-o-reservados/consejo/2012-12-22/122707.html>

⁴⁰³ VILLORIA MENDIETA, M.; JIMÉNEZ, F., La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS), 2012, vol. 138, no 1, pp. 115-117.

b) Índice de Transparencia de las Diputaciones (INDIP). Disponible en:

http://www.transparencia.org.es/INDIP/Cuadro_General_de_Indicadores_INDIP.pdf

c) Índice de Transparencia de los Ayuntamientos (ITA). Disponible en:

http://www.transparencia.org.es/ITA_2010/Cuadro_General_de_Indicadores_2010.pdf

d) Índice de Transparencia Dinámico. Disponible en:

<http://www.dyntra.org/>

e) Índice de Percepción de la Corrupción (IPC). Disponible en:

<http://transparencia.org.es/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion/>

BIBLIOGRAFÍA FÍSICA Y DIGITAL

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., “El acceso a la información como derecho”. *Anuario de Derecho a la Información*, vol. 1, 2000, pp. 137-159.

ACKERMAN, J.M., y SANDOVAL, I.E. *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*, Cuadernos de Transparencia, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2007.

AGUILAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993.

AGUILERA POVEDANO, M., MATAS PASTOR, J. y DURÁN-MAÑES, Á., “El cumplimiento de la Ley de transparencia: El caso de Baleares”. *Elena Blanco Castilla*, Tenerife, 2016.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO TIMÓN, A., “El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, diciembre de 2012.

ÁLVAREZ RICO, M Y ÁLVAREZ RICO, M., “Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 473-494.

ÁLVAREZ RICO, M., “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *Documentación Administrativa*, núm. 183, 1979, pp. 103-133.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. y ALCÓN M., *Las constituciones de los quince estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996.

ARANDA ÁLVAREZ, E. y RODRÍGUEZ-DRINCOURT, J., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 2, núm. 3, 1994, pp. 523-536.

ARANDA ÁLVAREZ, E., “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, 2013, pp. 214-230.

AZÚA REYES, S., *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*, Porrúa, México, 1999.

BARRERO RODRIGUEZ, C., *El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva*, en: GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Técnos, Madrid, 2014, pp. 143-198.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “La disposición adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 158, 2013, pp. 221-246.

BERMEJO VERA, J., “El secreto de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 57, 1988, pp. 17-27.

BLANES CLIMENT, M., *El decepcionante Proyecto del Reglamento de la Ley 19/2013 de Transparencia*. Sitio web personal disponible en: <http://miguelangelblanes.com/2015/06/11/eldecepcionante-proyecto-del-reglamento-de-la-ley-192013-de-transparencia/>

BLANES CLIMENT, M.A., *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.

BYUNG-CHUL, H, *La sociedad de la transparencia*, Editorial Esencial, Madrid, 2013.

CAMBA, J., *Haciendo la Republica*, Luca de Tena, Madrid, 2006.

CAMPOS ACUÑA, C., “Las entidades locales ante la necesidad de transparencia. Una primera aproximación a la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, *CEMCI*, núm. 3, 2014.

CARAZO LIÉBANA, M., “La eficacia de la carta de derechos fundamentales en la proyectada Constitución Europea”. *Foro constitucional iberoamericano*, Núm. 8, 2004.

CARBONELL. M., *El derecho de acceso a la información como derecho fundamental, en Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, UNAM, México, 2006. (Disponible online en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2251/4.pdf>).

CASTAÑEDA, J., *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*. Colegio de México, 1967.

CASTELLÀ ANDREU, J., *Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública: un estudio del artículo 105 de la Constitución*, Rubí CEDECS, Barcelona, 2001.

CENDEJAS JÁUREGUI, M., “Evolución histórica del derecho a la información”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 10, 2010, pp. 57-84.

COLOMBI, A., “Italia y la transparencia de los poderes públicos”, *Diálogos de la Comunicación: transparencia y derecho de acceso a la información*, Núm. 87. 1-47, Colombia, 2013.

COTINO HUESO, L., *El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública, en Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 725-753.

COTINO HUESO, L., *Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. De “valor en alza” a derecho*, en FERNÁNDEZ SOLA, N., *Cuartas Jornadas Internacionales sobre “Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”*, celebrada los días 7 y 8 de noviembre de 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Disponible en: http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/cotinohueso11.doc.

DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO y TARÍN QUIRÓS, C. (coords.), *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid, 2014.

DESANTES GUATER, J., “De la libertad de expresión al derecho a la información”, *Persona y Derecho*, núm. 24, 1991, pp. 23-48.

DESANTES GUATER, J., *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Eudema, Madrid, 1987.

DÍAZ, V. y BRINGAS VALDIVIA, J. M., “Autoridades reguladoras independientes en materia de acceso a la información”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 9, 2007, pp. 81-102.

DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2009.

DIEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

DÍEZ PICAZO, L., *Sobre Secretos Oficiales*, Civitas, Madrid, 1998.

EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1994.

EMBED IRUJO, A., *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de sus consagraciones legislativas*, La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Civitas, Madrid, 1993.

Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública, INAP, Madrid, 2015.

FERNÁNDEZ ARENAL, M., *Introducción al derecho de la información*, A.T.E., Barcelona, 1977.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Las libertades de información y expresión en el ámbito administrativo*, en *Actas de las VII jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional; La libertad de información y de expresión*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 10/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, Núm. 105, México, 2002.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, pp. 233-298.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FLORES OLIVARES, O., *Derecho Administrativo: Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Excepciones y Recursos*, PDF edition, 2007.

FORCINITI, M., *Tesi di Laurea Trasparenza e diritto di accesso: le limitazioni e le inefficienze dell'amministrazione italiana*. Università degli studi di Padova. Padova, 2010.

FUNG GRAHAM, M. y WEIL, D., *Full disclosure. The perits and promise of transparency*. Kindle edition, 2003.

GARRIGUES WALKER, A., LIZCANO ÁLVAREZ, J., SÁNCHEZ LAMBÁS, J. y VILLORIA MENDIETA, M., *La Ley de Transparencia, solo el primer paso*, diario EL PAIS, 5 de abril de 2012.

GUICHOT, E., "Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales". *Revista de administración pública*, no 173, 2007, pp. 407-445.

GUICHOT, E., "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho Comparado de la Información*, enero-junio 2012, pp. 135-188.

GUICHOT, E., "El Anteproyecto de Ley de Transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, junio 2012, pp. 28-40.

GUICHOT, E., "El nuevo derecho Europeo de acceso a la información pública", *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 160, Madrid, 2003.

GUICHOT, E., "El Proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, 2012, pp. 89-134.

GUICHOT, E., "Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas". *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, No 170, 2011.

GUICHOT, E., *Luces y sombras de la Ley de Transparencia*, diario EL PAÍS, 5 de julio de 2013.

GUICHOT, E., *Transparencia: la hora de la verdad*, diario ABC, 30 de abril de 2012.

GUICHOT, E., *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.

GUICHOT, E., *Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. Estudio y Ley*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GUICHOT, E., (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

GUTIERREZ PARADA, O., *Qué es la política legislativa*, Congreso REDIPAL. Núm. VII, México, marzo 2014.

HARASIC, D., *Ley de acceso a la información: ¿un antes y un después? Chile Transparente. Conferencia dictada en el Magíster de Gestión y Políticas Públicas*, Universidad de Chile, Santiago, 2009.

HERMAN, P., *¿Tendremos libre acceso a la información pública?*, Fundación Pro Acceso, 2008.

Informe extraordinario del Sindic de Greuges de Catalunya, *Derecho de acceso a la información pública*, Barcelona, 2012.

KAUFMANN, D., KRAAY, A., MASTRUZZI, M., *Governance matters VII: Governance indicators for 1996-2007*, World bank, 2007.

KELLY, G. y MUERS, S., *Creando Valor Público. Un marco analítico para la reforma del servicio público*, Cabinet Office, Londres, 2002.

La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública, Colección Estudios y Documentos de INAP, Madrid, 2016.

LALANA, A., “El derecho fundamental virtual a la protección de datos: tecnología transparente y normas privadas”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, no 5, 2002, pp. 1539-1546.

LARRAÍN, H., *Transparencia y Acceso a la Información Pública en Chile. La modernización que faltaba*. Fundación Jaime Guzmán, 2008.

LIZCANO ÁLVAREZ, J., *Consideraciones para una puesta en marcha eficaz en la Ley de Transparencia*, El Imparcial, 23 de enero de 2014.

LIZCANO ÁLVAREZ, J., “Corrupción y transparencia: El ámbito municipal”, *Revista Económica Exterior*, Núm. 54, pp. 137-144.

LLOP RIBALTA, M., “Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en los Parlamentos”, *Cuadernos de la Fundación Giménez Abad*, n. 4, 2012.

LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., Y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional Vol. II, Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LOZANO MIRALLES, J., “Auditoría pública”, *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 3, 1995, págs. 80-85.

LOZANO MIRALLES, J., “El control de las cuentas públicas”, *Foro de debate: Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 14, 2014.

LOZANO MIRALLES, J., “Órganos de control externo y Parlamento”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 40, 1997, pp. 171-207.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010.

MAÑAS, J.L.,. *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*. Fundación Alternativas, 2009.

MARÍN GÁMEZ, J., “Cultura constitucional europea: con ocasión del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Revista de derecho constitucional europeo*, Núm. 4, 2005, págs. 455-482.

MARTÍ DEL MORAL, A. y DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Las obligaciones de servicio público*, Derecho de la regulación económica, Vol. 4, 2010, pp. 355-388.

MARTÍN VALDIVIA, S., “El silencio administrativo como garantía de los derechos de los particulares”, *Revista de administración pública*, núm. 149, 1999, pp. 423-456.

MARTINEZ GUTIERREZ, R., *Las implicaciones jurídicas de la interoperabilidad en la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones Públicas Administración electrónica, La Ley/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España / coord. por Lorenzo Cotino Hueso, Julián Valero Torrijos, 2010, págs. 577-601.*

MATEO MACIÁ, M., *El derecho a la información en el ordenamiento jurídico europeo, Derecho de la información*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003.

MENDEL, T., “Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 1, 2003, pp. 41-74.

MENDEL, T., *Libertad de información: Comparación jurídica*. UNESCO, París, 2008.

MESEGUER YEBRA, J., “El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, mayo de 2014.

MESEGUER YEBRA, J., *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información pública*, Bosch, Barcelona, 2013.

MESTRE DELGADO, J., *El derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998.

MOHL, R., *Die deutsche Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen, H. Laupp, 1832.

MORAL RUIZ, J., *Discurso de Joaquín Moral sobre inmoralidad política, en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 5 de octubre de 1931*, Galo Sáez, Madrid, 1931.

MORENO GONZALEZ, G., “El derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia: Una aproximación constitucional”. *Eunomía*, núm. 8, 2015, pp. 93-125.

MORLINO, L., *Calidad democrática entre líderes y partidos*. Istituto Italiano di Scienze Humane, Florencia, 2008.

MUÑOZ, A., *Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos*, Universidad de Chile, Santiago, 2008.

OLMEDO PALACIOS, M., “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Diario La Ley*, núm. 8.237, 27 de enero de 2014.

ÓRTEGA EXPÓSITO, G., “Transparencia versus Protección de Datos”, www.elderecho.com. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Proteccion-Datos-transparencia-cesion-datos_11_1034680001.html

PARADA, R., *Derecho administrativo I, Parte general*, Decimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PAU I VALL, F., *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Tecnos, Madrid, 2015.

PIÑAR MAÑAS, J., *Transparencia y protección de datos: Las claves de un equilibrio necesario, El gobierno local*, Iustel, Madrid, 2009.

POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.

POMED SÁNCHEZ, L., *La Intimidación de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa. La protección jurídica del ciudadano, Libro Homenaje al profesor González Pérez*, Civitas, Madrid, 1995.

PRESNO LINERA, M., *Del anteproyecto de ley de Administración electrónica a la ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, La Ley/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España / coord. por Lorenzo Cotino Hueso, Julián Valero Torrijos, 2010, pp. 87-117.

QUIROS SORO, F., *Transparencia en la Unión Europea*, MEI, II, Vol. 3, nº 5, 2012. Disponible en: <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/Dialnet-LaTransparenciaEnLaUnionEuropea-4766996.pdf>

RAIGADA, A., “Reutilización de información pública y protección de datos personales/Reuse of public information and personal data protection”. *Revista general de información y documentación*, vol. 19, no 1, 2009, pp. 243-264.

RAMS RAMOS, L., “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, octubre-diciembre de 2013.

RAZQUIN LIZARRAGA, M., *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2013.

REIGADA, A., *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*. Tirant lo Blanch, 2010.

REY MARTINEZ, F., “Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el Ordenamiento Español”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad* , Núm. 5, 2013, pp. 192-201.

REY MARTINEZ, F., *El derecho de acceso a la información pública a la luz del derecho constitucional*, La constitución política de España: Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes / coord. por Francisco Rubio Llorente, Javier Jiménez Campo, Juan José Solozábal Echavarría, M. Paloma Biglino Campos, Ángel José Gómez Montoro, 2016, pp. 795-810.

RIDAO MARTÍN, J., “Consideraciones ante la futura efectividad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Diario La Ley*, núm. 8340, 2014.

RIDAO MARTÍN, J., “La regulación de la transparencia y del acceso a la información pública en la esfera autonómica. Un estudio comparado”, *Revista General Derecho Constitucional*, núm. 19, 2014.

RIDAO MARTÍN, J., “La transparència i el dret d'accés a la informació pública en la llei catalana 19/2014: Reflexions entorn al seu abast i al marc competencial en què s'insereix”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2015.

RIOFRÍO MARTINEZ VILLALBA, J, MARTÍN SEVILLA, M. Y VÁSQUEZ BUITRÓN, P., *Régimen de la Comunicación*, CEP, Quito, 2014.

RODRIGUEZ ZEPEDA, J., *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, cuaderno de transparencia 4, 2004.

ROMERO SILVERA, G., “Implicaciones jurídicas del desarrollo del derecho de acceso a la información pública en el marco del derecho a la libertad de expresión y los derechos humanos”, *American University International Law Review*, 26 núm. 1, 2010, pp. 157-182.

RUIZ-RICO RUIZ, C., “Breves consideraciones jurídicas en torno a la reciente Ley española de 19/2013, 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 140, 2014.

RUIZ-RICO RUIZ, C., “El impacto jurídico-constitucional de la transparencia en Iberoamérica: Déficit regulativos, problemática y retos legales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016.

RUIZ-RICO RUIZ, C., “Transparencia y participación en el Derecho Autonómico: un análisis constitucional”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 6, Núm. 1, 2004.

RUIZ-TAPIADOR, J., “Análisis del proyecto de desarrollo de la Ley de Transparencia en Ética de la Función Pública y Transparencia”, *Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2, 2015, pp. 283-300.

SAINZ MORENO, F., *Secreto y Transparencia, Estudios para reforma de la reforma de la administración pública*, INAP. Madrid, 2004.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “El día después de la Ley de Transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, 2014.

SANCHEZ DE DIEGO FERNANDEZ DE LA RIVA, M., *El derecho de acceso a la información pública Administración electrónica*, la Ley/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España / coord. por Lorenzo Cotino Hueso, Julián Valero Torrijos, 2010, , pp. 325-347.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *Participación, representación y Democracia*, XII Congreso de Constitucionalistas de España, Universidad de Salamanca, 2014.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., *Un derecho fundamental a acceder a la información pública, El derecho de acceso a la información pública*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, Primer Congreso de Derecho Ambiental”, *Revista Administración Pública*, núm. 137, 1995.

SOLIMANO, A., TANZI, V. y DEL SOLAR, F. *Las termitas del Estado: ensayos sobre corrupción, transparencias y desarrollo*. Fondo de Cultura Económica, 2008.

SOTO LOSTAL, S., *El derecho de acceso a la información*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

SOUSA, J., *Implementando Transparencia y Acceso a la Información en Chile: Éxitos y fracasos en la implementación de las políticas Top Down*, Academia Española, Madrid, 2011.

TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010.

TORRES MANRIQUE, F., “Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, información pública y rendición de cuentas”, *Revista Derecho y Cambio Social*, Lima, 2013.

VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, innovación y Administración electrónica*, Global Law Press, Sevilla, 2013.

VILLANUEVA, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, Porrúa, México, 2006.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Derecho a ser informado y el artículo 20.1 de la Constitución Española, Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, pp. 545-581.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

VILLORIA MENDIETA, M., “La publicidad activa en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias”, *Colección Govern Obert* núm. 1, 2014.

VILLORIA MENDIETA, M., “Algunas reflexiones sobre la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno”, *Boletín de la Función Pública INAP* núm. 9, 2010.

VILLORIA MENDIETA, M.; JIMÉNEZ, F., “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, 2012, vol. 138, no 1, pp. 109-134.

WAISSBLUTH, M., *Gestión del Cambio en el sector Público*. Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 2008.

WAISSBLUTH, M., *La Reforma del Estado en Chile 1990-2005. Balance y propuestas de futuro*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005.

WENCER, E., RAGONE, S Y KOLLING, M., (Coords.). “La Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Cuaderno 236, 2007.

ZALAUQUETT, J., *Informe de la Reunión Regional Sobre Transparencia Rendición de Cuentas y Lucha Contra la Corrupción en América*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.

**NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL EN
TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN**

Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea DOUE serie L nº 191 de 23/06/2011.

Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas - Iniciativa Europea en favor de la Transparencia - Un marco para las relaciones con los representantes de intereses (Registro – Códigos de conducta) COM (2008) 323 final Bruselas, de 27/5/2008.

Comunicación de la Comisión del seguimiento del Libro Verde "Iniciativa europea en favor de la transparencia" (COM (2007) de 21 de marzo de 2007).

Comunicación de la Comisión: Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo- Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas COM (2002) 704 final.

Convención Americana sobre Derechos Humanos OEA (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos) (Artículo 13).

Convención europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (Artículo 10).

Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos Tromsø, 2009.

Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

Decisión de la Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad de 19 de julio de 2011 relativa a las normas de acceso a los documentos (2011/C 243/08).

Decisión de la Junta Europea de Riesgo Sistemático de 3 de junio de 2011 sobre el acceso público a los documentos de la Junta Europea de Riesgo Sistemático (JERS/2011/5) (2011/c/176/03).

Decisión del Banco Central Europeo de 9 de mayo de 2012 por la que se modifica la Decisión BCE/2004/3 Relativa al acceso público a los documentos del Banco de Central Europeo (2011/342/UE) (BCE/2011/6).

Decisión del Consejo Europeo, de 1 de diciembre de 2009, relativa a la adopción de su Reglamento interno DOUE serie L n° 315 de 02/12/2009.

Decisión del Consejo, 18 de diciembre de 2006, relativa a la aprobación en nombre de la Comunidad Europea, de un enmienda al Convenio sobre el acceso a la información, la participación, del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente DOUE serie L n° 386 de 29.12.2006 DOUE serie L n° 200 de 01/08/2007.

Decisión n° 12/2005 del Tribunal de Cuentas europeo, de 10 de marzo de 2005.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948).

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791 (arts. 14 y 15).

Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948 (Artículo 19).

Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre de 2003 relativa a la reutilización de la información del sector público DOUE serie L nº 345/90 de 31/12/2003.

Informe de la Comisión sobre la aplicación, en el año 2010, del Reglamento (CE) nº 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Bruselas, 12/8/2011 COM (2011) 492 finales.

Iniciativa europea en favor de la transparencia: el Registro de grupos de interés, un año después de la Comisión de las Comunidades Europeas COM (2009), de 28/10/2009.

Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961.

Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública en Andalucía.

Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de transparencia y participación ciudadana región de Murcia, modificada por Ley 7/2016, de 18 de mayo.

Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia de Canarias.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia de Cataluña.

Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunidad Valenciana, modificada por Ley 2/2016, de 4 de marzo.

Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de transparencia y buen gobierno de La Rioja.

Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y participación ciudadana de Castilla y León.

Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, derogada por la Ley 1/2016 de 18 de enero de transparencia y buen gobierno de Galicia.

Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.

Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

Ley Foral de Navarra, 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, modificada por la Ley Foral 5/2016, de 28 de abril, de modificación de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto.

Libro Verde: Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea COM (2007) 185 final Bruselas, de 18/4/2007.

Libro Verde: Iniciativa europea en favor de la transparencia COM (2006) 194 final de 3/5/2006.

OEA AG/RES. 2607 (XL-O/10) Ley modelo Interamericana sobre acceso a la información pública (Aprobada en la 4ª sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010) (Versión provisional sujeta a revisión de la Comisión de Estilo).

ONU AG/RES. 2661 (XLI-O/11) Acceso a la información pública y protección de datos personales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966 (Artículo 19).

Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de abril de 2008, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión [COM (2008) 229 final – no publicado en el Diario Oficial] de 30/04/2008.

Recommendation CM/Rec(2008) 6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters.(Adopted by the Committee of Ministers on 26 March 2008 at the 1022nd meeting of the Ministers' Deputies) (Article 42).

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 Diario Oficial de las Comunidades Europeas DOUE serie L n° 145/43 de 31/05/2001.

Reglamento (CE) n° 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente DOUE serie L n° 264 de 25/09/2006.

Reglamento de Parlamento europeo 2016/399 (Artículo 39).

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2009, sobre las mejoras necesarias en relación con el marco jurídico de acceso a los documentos a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (Reglamento (CE) n o 1049/2001) (2010/C 286 E/03).

Tratado constitutivo de la CE modificado por el Tratado de Amsterdam (Artículo 15).

SEDES WEB DE TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

http://ec.europa.eu/index_es.htm, La Comisión Europea.

<http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=es>, Diario Oficial de la Unión Europea.

http://europa.eu/documentation/legislation/index_es.htm, Legislación de la Unión

Europea.

http://europa.eu/index_es.htm, Unión Europea.

<http://noticias.juridicas.com/>, Noticias jurídicas.

www.cddhcu.gob.mx/, Cámara de Diputados, México.

www.coe.int/t/es/com/about_coe/, Consejo de Europa.

www.congreso.es, Congreso de los Diputados de España.

www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1&lang=es, Consejo de la Unión Europea.

www.corteidh.or.cr/, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

www.europarl.europa.eu/news/public/default_es.htm, Parlamento Europeo.

www.ifai.org.mx/, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México.

www.juridicas.unam.mx/, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

www.oas.org/es/, Organización de Estados Americanos.

www.ombudsman.europa.eu/home/es/default.htm, El Defensor del Pueblo Europeo.

www.poderjudicial.es/, Poder Judicial español.

www.proacceso.org/, Coalición Pro Acceso, España.

www.tribunalconstitucional.es, Tribunal Constitucional español.

