

## 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

Catalina RUIZ-RICO RUIZ

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Reflexión sobre su problemática constitucional*. III. *Límites y garantías en la Ley de Transparencia y sus derivaciones constitucionales*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

### I. PLANTEAMIENTO

En respuesta a las actuales disfunciones del sistema democrático y al progresivo deterioro institucional, se ha regulado recientemente la transparencia como cauce legal destinado a impulsar el control social.<sup>1</sup> A través de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, se institucionaliza un marco jurídico para el conocimiento por la ciudadanía de la actividad pública.

No obstante, los déficits regulativos de este texto legal se manifiestan en relación a su ámbito subjetivo y respecto del contenido de la información, reducido principalmente a la publicidad activa y a la que se considera de relevancia jurídica. El compromiso legislativo con la transparencia presenta en suma, zonas grises de opacidad difícilmente justificables desde el interés público y las exigencias sociales como antídoto frente a la grave desafección ciudadana.

La reciente Ley 19/2013, se justifica en su exposición de motivos ante la necesidad de conocimiento por la ciudadanía de “cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo

<sup>1</sup> Subirats, “Democracia, participación y eficiencia”, *Revista de Servéis Personals Locals*, núm. 6, 1997, p. 3.

qué criterios actúan nuestras instituciones”.<sup>2</sup> Sin embargo, en realidad, este texto legal dista de procurar información a los ciudadanos sobre el proceso de adopción de decisiones, el destino del dinero público y menos aún de la apertura de las instituciones a la sociedad.

En principio, destaca el perfil fragmentario del régimen de transparencia por reducirse fundamentalmente a la publicidad activa en detrimento del derecho de acceso a la información pública. También se manifiesta este rasgo desde una perspectiva subjetiva, pues la normativa actual se concentra en la administración sin involucrar a las instituciones, salvo en las actividades sujetas a derecho administrativo. A pesar del criterio legal de aplicación a las entidades en base a su especial relevancia pública, o por su condición de perceptores de fondos públicos, el legislador exceptúa la transparencia institucional aun concurriendo ambos presupuestos. De modo que reconociendo explícitamente la Ley 19/2013, de 9 de diciembre que los *países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes*, excluye a estas últimas de actitudes transparentes frente a la ciudadanía.

En particular, resulta incongruente con las mencionadas directrices de la Ley de Transparencia la desagregación entre publicidad activa de la administración y de las instituciones, pues únicamente se prevé para aquélla *el deber de publicar la información* que sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (artículo 5o.). La imprevisión de transparencia en relación al funcionamiento de las instituciones y la ausencia de cauces legales para controlar sus actuaciones públicas exceptúa sin justificación el régimen general dispuesto para las administraciones. En particular, cuando la propia Ley justifica su aplicación a determinadas entidades incluso privadas *por su especial relevancia pública, o por su condición de perceptores de fondos públicos*, criterios ambos extensibles a las instituciones.

El predominio de la publicidad activa sobre el derecho individual de acceso a la información pública implica la opción legislativa por una transparencia indirecta limitando las obligaciones públicas y sanciones

<sup>2</sup> Según la STC 161/1988, 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.

únicamente al incumplimiento a aquélla. De igual modo que la transparencia aparece acotada en la reciente Ley exclusivamente a la de relevancia jurídica sin atender al concepto más amplio de interés público que informa su articulado.

## II. REFLEXIÓN SOBRE SU PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL

La progresiva consolidación legislativa de la transparencia presenta una dimensión constitucional derivada del desarrollo del acceso a la información regulado en el artículo 105 b) CE. En particular, la transparencia trasciende el acceso a los archivos y registros expandiendo el ámbito aplicativo de la información pública, aunque paralelamente introduce restricciones y límites diversos de los previstos constitucionalmente. La asunción de una concepción reductiva de información pública, tasada sin una base constitucional y acotada por límites ajenos a la Constitución, tiende a desfigurar el contenido del artículo 105 CE.

Al respecto, la configuración de la transparencia y de la información como principios administrativos fundamenta un posible desarrollo legislativo como criterio de optimización en la organización y funcionamiento de la administración. Si bien la cuestión se centra en la posibilidad de que la actual legislación incorpore exigencias, límites o restricciones imprevistos constitucionalmente.

En concreto, la posible denegación de información pública en base a la motivación de la solicitud que el Proyecto estatal de Ley de Transparencia considera “opcional”, implica una penalización al titular sin un respaldo constitucional.

### 1. Aspectos constitucionales del ámbito subjetivo

El acceso a los registros y archivos públicos se reconoce a los ciudadanos en el artículo 105 b) CE, determinando el marco subjetivo intangible en la configuración legal de este derecho por el legislador estatal. Aunque la precisión del concepto de ciudadano puede restringir los términos del texto constitucional si se identifica con el hecho de relacionarse con la administración considerando que los interesados en la transparencia e información pública no pueden someterse a esa condición jurídica.

Respecto de la legitimación pasiva en el derecho de acceso a la información pública (artículo 13) se limita a los documentos o contenidos que hayan sido elaborados o adquiridos por los sujetos legalmente obligados en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, se impone a los altos cargos un deber de sigilo en los asuntos que conozcan por razón del cargo como infracción grave (artículo 29 d) cuando causen un perjuicio a la administración, sin atender al criterio de interés público.

La regulación de transparencia se centra principalmente en el deber de información de la administración sin implicar a las instituciones salvo en el ejercicio de sus funciones administrativas. La exención de las instituciones del ámbito aplicativo de la transparencia por el legislador no se adapta plenamente al artículo 105 b) CE, considerando que la inaccesibilidad a los archivos y registros institucionales puede vulnerar este precepto.

Por otra parte, la salvaguarda de espacios de opacidad institucional en la ley estatal de transparencia responde al principio de autonomía de las instituciones y en particular del Parlamento. Sin embargo, la asunción legal de la transparencia como un principio general irreductible al ámbito estrictamente administrativo fundamenta su aplicación también por las instituciones.

Por lo que el principio de transparencia habría de interpretarse en un sentido *pro informationem* incluso en el ámbito institucional o parlamentario y sin reducirse al ejercicio de funciones administrativas. El control social de las instituciones y la recepción por las mismas de fondos públicos justifica su legitimación pasiva a efectos de transparencia, sin que la autonomía institucional pueda interferir la aplicación de un principio transversal. Aunque la autonomía institucional y parlamentaria prevalece sobre un deber de transparencia y sólo excepcionalmente se establece un deber de promoción de la transparencia por las instituciones.

Tampoco la naturaleza privada de ciertas entidades (partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, asociaciones, instituciones, otras entidades representativas de intereses colectivos y otras entidades sin ánimo de lucro) debería primar sobre el principio de transparencia y del deber de información respecto de las subvenciones y ayudas públicas recibidas. Pero la legislación se limita a regular una transparencia voluntaria de estas entidades privadas limitada a la publicidad activa sin un derecho de información de los ciudadanos ni siquiera sobre el destino de los fondos públicos recibidos.

Por último, desde una perspectiva subjetiva, no se transversaliza la igualdad constitucional mediante su previsión en la publicidad activa y en el acceso a la información de ciertos colectivos en situación de desigualdad, a diferencia de determinadas leyes autonómicas de transparencia que adoptan una posición garantista frente a la posibilidad de discriminación indirecta.

## 2. *Desarrollo de la transparencia desde una perspectiva constitucional*

Entre las deficiencias de la reciente ley sobre transparencia destaca la ausencia de una *voluntas legislatoris* para regular un auténtico derecho ciudadano a la información pública que permita mejorar la fiscalización de la actividad pública. Desde una perspectiva constitucional, la remisión legal al artículo 105 b) CE no se adapta plenamente al concepto de información pública entendida *como 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* (artículo 13). A pesar de considerarse la información como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo, la doble exigencia de que se encuentren en poder de los sujetos obligados y dentro de sus competencias condiciona el derecho constitucional y plantea los límites de la configuración legal.

A diferencia de las leyes autonómicas de transparencia, en la esfera estatal no se ha ramificado el derecho de acceso a los archivos y registros en una pluralidad de subderechos en los términos de la Ley Foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra, que reconoce una amplia gama de derechos de información pública relativos a la obtención, asesoramiento, asistencia en la búsqueda, conocimiento de sus derechos y a conocer los motivos por los cuales no se le facilita la información, total o parcialmente, y también aquéllos por los cuales no se le facilita dicha información en la forma o formato solicitados (artículo 5o.).<sup>3</sup>

La ampliación por el legislador ordinario del ámbito objetivo previsto en el artículo 105 b) CE, extiende el acceso a la información pública sin limitarla a los archivos y registros. No obstante, el establecimiento de re-

<sup>3</sup> En otra línea jurídica más austera el Proyecto de Ley de Transparencia Pública de Andalucía sólo incorpora un derecho a la publicidad activa, a la información y a resolución motivada de la administración.

quisitos o condiciones para el acceso a la información pública imprevistos por la Constitución obliga a plantear su constitucionalidad. La redimensión legal conferida al artículo 105 b) CE interfiere en la aplicación de este precepto al incorporar exigencias a la información pública en general.

En particular, la exigencia de que la información haya sido elaborada o adquirida previamente en el ejercicio de las funciones administrativas o competencias funcionales. Sin perjuicio de que este presupuesto imposibilita además el acceso a la información pública en los supuestos de excesos o abusos de poder aun constando en archivos o archivada documental o informatizada, obstaculizando la aplicación del artículo 105 b) CE.

La posibilidad de que el derecho constitucional de información resulte restringido por la normativa de transparencia deriva de la indiferencia entre el acceso a los archivos o registros y a otros documentos públicos por el legislador. La construcción objetiva de la información pública engloba los archivos y registros con el riesgo de perturbar la regulación constitucional. En particular, el criterio de relevancia exigido a la información en la ley de transparencia para su accesibilidad pública adolece de base constitucional.

La subordinación de la información pública a la relevancia y a su estimación como tal por la administración se desmarca también del texto constitucional introduciendo una discrecionalidad discutible. Al margen de que estas exigencias adicionales a la información pública contravienen el principio de transparencia basado en la accesibilidad a la información pública con carácter general sólo exceptuable para proteger otros derechos e intereses legítimos de acuerdo con la Ley.

Sin embargo, la normativa estatal de transparencia no condiciona la información pública al presupuesto de certeza y exactitud, y a su procedencia de documentos respecto de los que se ha verificado su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y cadena de custodia, a diferencia de la legislación autonómica, exigiéndose únicamente que haya sido adquirida o elaborada en el ejercicio de las funciones de los sujetos obligados.

En este sentido, la legislación estatal de transparencia se distancia de las leyes autonómicas de transparencia que requieren la previa elaboración en el ejercicio de las funciones administrativas, veracidad y atención a la cadena de custodia para facilitar información pública, si bien no alcanza a permitir la accesibilidad a la información sin tratar para poten-

ciar su *accesibilidad en tiempo real* e inmediatez, como la Ley 4/2013, de 21 de mayo, del gobierno abierto de Extremadura.

Desde otro prisma, la legislación de transparencia presenta un ámbito objetivo tasado y tipificado en relación al contenido de la publicidad activa ajeno al texto constitucional. El legislador estatal pormenoriza las materias que pueden ser objeto de transparencia imposibilitando de este modo que los ciudadanos reclamen información pública atípica, no regulada. Por lo que al margen de los límites explícitos a la información pública también su configuración tasada puede impedir la accesibilidad, favoreciendo zonas herméticas a la transparencia. La posibilidad de información pública inaccesible a los ciudadanos por pertenecer a un espacio intermedio no cubierto legalmente por el derecho de información ni por la publicidad activa, interfiere negativamente en la transparencia de la administración e instituciones.

En esta esfera de opacidad se incluyen los procesos de decisiones públicas, pues permanecen inaccesibles a los ciudadanos aun cuando pueda justificarse su interés público. Por esta razón y con el fin de evitar la denegación de solicitudes de información pública en base a una regulación deliberadamente tasada de la transparencia, habría sido conveniente introducir cláusulas abiertas en la legislación admitiendo “cualquier otra información pública que se considere de interés para la ciudadanía” en términos similares a los previstos en la esfera autonómica por el artículo 13 de la Ley Foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del gobierno abierto de Navarra.

El ámbito objetivo de la publicidad activa en la actual Ley de 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno se estructura en torno a la información institucional y organizativa, de relevancia jurídica, sobre altos cargos y máximos responsables de entidades, sobre planificación, relaciones con la ciudadanía, de gestión administrativa, presupuestaria o económica.

La normativa de transparencia pretende conferir publicidad a cuestiones hasta ahora reservadas y de máximo interés ciudadano en la actualidad como las retribuciones de altos cargos y las indemnizaciones percibidas por su cese (artículo 8o. f). Sin embargo, el hermetismo en la adopción de las decisiones sobre retribuciones o cesantías y la desinformación ciudadana respecto de sus pormenores aún permanece en el Estado, con cierto riesgo de que la normativa de transparencia contribuya incluso a

legitimar posibles privilegios políticos. De igual modo que la publicidad activa no sólo debería extenderse a las informaciones públicas solicitadas con más frecuencia sino también, *contrario sensu*, a las denegadas provisional o definitivamente.

Por otra parte, el régimen general de acceso a la información pública remite a los términos del artículo 105 b) CE si bien reduce el marco constitucional al considerar únicamente como accesibles los 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 (artículo 13). Al margen de las excepciones al derecho de información pública que en el ámbito autonómico también restringen el derecho constitucional de información pública como las circulares e instrucciones internas de la administración, o la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas o entre órganos o entidades administrativas, pese a su posible interés público.

### III. LÍMITES Y GARANTÍAS EN LA LEY DE TRANSPARENCIA Y SUS DERIVACIONES CONSTITUCIONALES

En torno a los límites y garantías previstos en la norma de transparencia se suscitan cuestiones constitucionales derivadas de la competencia del legislador estatal para alterar los términos de la información pública en la Constitución. En particular, la Constitución únicamente prevé como límites en el acceso a la información pública de los archivos y registros la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, la ley de Transparencia establece otras restricciones. Pero el legislador ordinario adiciona las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, y la protección del medio ambiente.

El texto legal sobre transparencia establece que el derecho de información pública *solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información, derivado de lo dispuesto en la Constitución Española*, aunque en su articulado introduce límites imprevistos constitucionalmente.

La perturbación de los límites constitucionales deriva de la exigencia de un perjuicio para que operen los establecidos en el artículo 105 CE y de la incorporación de restricciones no previstas en esta disposición. A diferencia de la normativa constitucional, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad.

El criterio de interés público se introduce por el legislador estatal como límite de la información pública, erigiéndose en parámetro para dirimir los conflictos entre derechos. La posible colisión de la transparencia con ciertos derechos fundamentales ha de resolverse ponderando el interés público que puede prevalecer sobre la protección de datos o la intimidad. Aunque el legislador no se pronuncia sobre la privacidad de los cargos y responsables públicos en caso de conflicto con el derecho de información pública, y la anteposición del interés público proyectando a este campo la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad de los sujetos públicos.

Respecto de la temporalidad de los límites o restricciones y la posibilidad de revisión de los mismos no se ha regulado en la Ley 19/2013, 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a diferencia de determinadas disposiciones autonómicas como el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen gobierno de Euskadi incorporando el deber de la administración de reactivar de oficio el procedimiento siempre y cuando desaparezca la causa que justificó la aplicación de la excepción denegatoria de la petición de información (artículo 12).

En relación a las garantías, sus deficiencias se manifiestan por la imprevisión de acciones colectivas para la tutela del interés público que fundamenta la transparencia y la ausencia de un deber de conservación de la documentación para cumplir los fines de información pública con sanciones en caso de incumplimiento. De igual modo, respecto del régimen sancionador, el legislador podría haber regulado multas coercitivas en tér-

minos 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.

La aplicación de la ley de transparencia puede generar descoordinación entre administraciones al instaurar un deber mínimo de publicidad activa e información pública que puede ser desarrollado y ampliado en la práctica. Cada administración e institución en el ámbito de sus competencias aparece legitimada para ser más transparente que en los términos previstos en la reciente normativa. La posibilidad de que las disposiciones autonómicas se apliquen preferentemente a la ley estatal cuando prevean un régimen más amplio en materia de publicidad, permite inferir que en las comunidades autónomas haya un mayor compromiso de información pública y publicidad activa.

Por último, respecto de la regulación de buen gobierno, aunque se redacta en términos imperativos como deberes de los responsables públicos, no deja de basarse en simples principios cuya capacidad de aplicación es limitada y desprovista de la coercibilidad necesaria.

#### IV. CONCLUSIONES

La extensión a las instituciones y a las entidades privadas del deber de transparencia se reduce a una información voluntaria y a la publicidad activa, sin sujeción a un derecho de información de los ciudadanos. La configuración objetiva de la información pública por su condición tasada y pormenorizada genera espacios de opacidad sin atender a su posible interés público.

Respecto de los límites de la transparencia, el legislador estatal incorpora criterios diversos a los previstos constitucionalmente. Por último, se analizan las deficiencias en relación con las garantías, cuestionando la eficacia de los recursos judiciales y planteando la necesidad de un efectivo régimen sancionador.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro, *Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno*, Cuadernos de la Fundación Giménez Abad, núm. 5, 2013.
- CARBONELL, Miguel, “El Estado constitucional como herramienta para la calidad democrática”, *Revista Bien Común*, México, año 12, núm. 136, abril de 2006.
- GUICHOT REINA, Emilio, *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo, núm. 170, 2011.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario*, México, UNAM-IIFAI, 2006.
- MARTÍNEZ, María Antonia, “La representación política y la calidad de la democracia”, *Revista mexicana de Sociología*, año 66, num. 4, 2004.
- MORLINO, Leonardo, *Calidad democrática entre líderes y partidos*, Florencia, Istituto Italiano di Scienze Humane, abril de 2008.
- PÉREZ DÍAZ, Víctor, *El malestar de la democracia*, Barcelona, 2008.
- PORRAS NADALES, Antonio, “Derecho Constitucional y Evolucionismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995.
- , *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, 1996.
- VELASCO, Juan Carlos, “Deliberación y calidad de la democracia”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 167, noviembre de 2006.
- VILLORIA, Manuel, *Marcos de integridad, calidad institucional y medios de comunicación en España Derecom*, núm. 8, 2012.
- VIVES ANTÓN, Tomás, *sobre la dignidad del sistema jurídico*, Valencia, 2011.