

LA REGULACIÓN EN DE LA TRANSPAREN ACCESO A LA INFO PÚBLICA Y BUEN G

© **M^a Isabel Álvarez Vélez**
análisis

Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional. Coordinadora del Área de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho (ICADE). Universidad Pontificia Comillas de Madrid

La tramitación por parte de las Cortes Generales de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* ha reabierto el debate acerca de las influencias que reciben los poderes públicos en la toma de decisiones. Ya con anterioridad, en 2008, la cuestión se había suscitado a raíz del “Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español”, en el que se señalaba que “una cuestión que no plantea de modo frontal la consulta del Gobierno, pero que emerge sin remedio al abordar las suscitadas, radica en la intervención que, en el proceso normativo y decisorio comunitario, tienen los grupos representativos de intereses sociales y el diálogo social”.



Ciertamente, el deseo de influir en las decisiones de carácter público por parte de los individuos o de los grupos es algo consustancial a la vida pública. Tener interés en la normativa que afecta a unas personas o a un grupo es algo natural. La frontera entre lo que debe estar permitido en el acceso al poder público y lo que da lugar a actividad sospechosa, es lo que hace de la transparencia materia pendiente en nuestra democracia.

El texto del *Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* fue aprobado en el Consejo de

ESPAÑA CIA, RMACIÓN OBIERNO



Ministros el 27 de julio de 2012, y presentado a principios de septiembre de 2012 en la Mesa del Congreso de los Diputados. Por su parte, el Congreso de los Diputados remitió al Senado el Proyecto el 20 de septiembre de 2013. Esto es, el Proyecto fue aprobado en la Cámara Baja después de más de un año de debates, de críticas, de desencuentros (el Proyecto se aprobó con los votos favorables de PP, CiU, PNV, Coalición Canaria, Unión del Pueblo Navarro y Foro Asturias y el rechazo de PSOE, Izquierda Plural (IU-ICV-

CHA), UPyD, Amaiur, ERC, BNG, Compromís-Equo. Nueva Canarias y Geroa Bai se abstuvieron). Recibido el texto en el Senado se presentaron doscientas sesenta y nueve enmiendas y cuatro propuestas de veto. De estas enmiendas el Grupo Parlamentario Popular en el Senado presentó más de treinta muchas con la justificación de “mejora técnica”, lo que ha supuesto que se aceptaran, motivo por el cual, el Proyecto volvió al Congreso, y ha sido finalmente aprobado en el Pleno de 28 de noviembre. Se ha publicado en el BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

De su contenido no se conoce mucho, puesto que ha habido más información acerca de las posiciones políticas, que sobre sus posibilidades reales de alcance y aplicación.

La normativa en Europa y las leyes españolas

En primer lugar, conviene señalar que su origen se encuentra en el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, adoptado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008 y abierto a la firma de los Estados miembros desde el 18 de junio de 2009. En este documento, suscrito por España, se insta a los Estados miembros a garantizar “el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas”, debiendo para ello tomar “las medidas necesarias en su ordenamiento jurídico para hacer cumplir las previsiones sobre acceso a documentos públicos previstas en este Convenio”.

Señala el Prof. Guichot Reina (auténtico especialista en materia de transparencia) que “desde principio de siglo ha existido una auténtica eclosión y se ha generalizado la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella, entre ellos, Reino Unido y Alemania” (véase su trabajo *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), núm. 170, 2011, pp. 8 y 9). Y así ha sido. La mayor parte de los países de nuestro entorno tienen Leyes, más completas y actualizadas que la que está pendiente de ser aprobada en España, pues incluso han podido adaptarse a las nuevas tecnologías de la información.

Frente a este hecho, en España la regulación se contenía en un único artículo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resultaba absolutamente deficitario, puesto que los ciudadanos sólo podían solicitar información sobre un determinado tipo y número de documentos y no se permitían solicitudes en las que se formulaba una pregunta concreta. Por

ello, con este precepto predominaba la arbitrariedad en el acceso a la información pública, pues la indefinición en la Ley suponía que la decisión de permitir el acceso quede condicionada a la práctica diaria de la Administración a quien se formulaba la solicitud, lo que podía suponer que se interpretaran de manera amplia las excepciones que limitan el acceso a la información. El Proyecto prevé la modificación de la Ley 30/1992 en este punto.

Democracia e información

En las sociedades actuales, ciertamente complejas, se ha generalizado la idea de que la democracia conlleva que los ciudadanos, bien por sí mismos, bien a través de los medios de comunicación social, puedan conocer cómo actúan los poderes públicos y, de ese modo, poder de alguna manera controlarles, descubrir un mal funcionamiento y ayudar a mejorar la calidad de la gestión pública. Hace ya años que nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la información garantiza un interés constitucional, la formación y existencia de una opinión pública libre, y recuerda que esa garantía reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de

una sociedad libre y democrática. En palabras del propio Tribunal: “el derecho de información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición necesaria a su vez para el recto ejercicio de todos los demás derechos en que se fundamenta el sistema político democrático” (STC 168/1986, de 22 de diciembre). Y para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. El derecho a la información entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político (igualmente lo señala la STC 159/1986, de 16 de diciembre).

La obligación de los poderes públicos

Realizadas estas reflexiones de carácter general, llegado es el punto de referirnos al contenido, la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Podemos afirmar que nos encontramos frente a una Ley breve, que consta de cuarenta artículos agrupados en cuatro Títulos.

El Título Preliminar señala el objeto de la futura Ley: “ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento” (art. 1).

El Título I denominado “Transparencia de la actividad pública” está dividido a su vez en tres Capítulos. El Capítulo I regula el ámbito subjetivo de aplicación puesto que la obligación de transparencia afecta a los poderes públicos en general (esto es “Administración General del Estado, las Administraciones de las Comuni-

El derecho a la información garantiza un interés constitucional, la formación y existencia de una opinión pública libre, y recuerda que esa garantía reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.

dades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local”, como a los “organismos autónomos, Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales”), señalándose expresamente algunos órganos constitucionales como el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, lista a la que durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Congreso se añadieron también la Casa de su Majestad el Rey, los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales.

Todos estos sujetos quedan obligados por la Ley, tal como se establece en el Capítulo II del Título I, a la 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.

El acceso a la información

El Capítulo III regula el derecho de acceso a la información pública, cuyos titulares serán todas las personas, entendiéndose por información pública, tal como señala el art. 13, “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”.

Se vincula así la transparencia de la actividad pública con el derecho de acceso a la información. Nuestra Constitución de 1978 reconoce a los ciudadanos como derecho fundamental en el art. 20.1 d) el derecho a la información y en el art. 23.1 el derecho a participar en los asuntos públicos. Y ambos derechos son esenciales en este ámbito que estamos tratando, pues la participación es impensable si no existe información. En mi opinión en este punto está una de las cuestiones más discutibles de la Ley, la que tiene que ver con la naturaleza del derecho de acceso a la información pública. En el texto de la Ley el derecho de acceso a la información pública se configura como un derecho subjetivo derivado de la trans-



parencia prescrita en el art. 105 b) de la Constitución Española. Si por el contrario entendemos que estamos ante un derecho fundamental derivado del art. 20 sería necesario que se hubiera elaborado una Ley Orgánica, tipo normativo previsto en la Constitución para el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, en virtud de lo que se establece una reserva para la regulación legal de determinadas materias diferenciadas de las demás Leyes por razón del procedimiento de “aprobación, modificación o derogación” que exige mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto. Este procedimiento se ha entendido como el deseo constituyente de alargar en el tiempo el consenso constitucional para las materias elegidas. Todas ellas son materias esenciales para el establecimiento de un Estado democrático de Derecho que garantice una tabla rica de

El Tribunal Constitucional ha señalado que “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso”.

derechos y libertades fundamentales y que asegure una organización constitucional fundada en la participación y en el pluralismo.

Seguridad y defensa nacional

En la Ley se limita el acceso a la información por suponer un perjuicio para la seguridad y la defensa nacional, la prevención de delitos o el secreto profesional, y la norma también fija como límites “los intereses económicos o comerciales, la política económica y monetaria, la protección del medio ambiente o la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”.

Principios éticos y de actuación

El Título II de la Ley recoge los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los “miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales”, incluyendo el régimen sancionador que les resulta de aplicación. La mayor parte de estos principios éticos ya estaban incluidos en el “Acuerdo por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado” publicado en el BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2005, en cuyo cuarto punto se señala que “anualmente el Consejo de Ministros conocerá un informe elevado por el Ministro de Administraciones Públicas, sobre los eventuales incum-

plimientos de los principios éticos y de conducta con el fin de analizar los procedimientos y actuaciones que pueden posibilitar su transgresión y proponer las medidas que se estimen convenientes para asegurar la objetividad de las decisiones de la Administración y de las instituciones públicas”. En este Título se incluyen las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses, en materia de ges-

ción económico-presupuestaria así como las infracciones disciplinarias y también se regula el órgano competente y el procedimiento para imponer dichas sanciones. Entre las sanciones que se prevén destaca la destitución en el cargo público que ocupe el infractor, la no percepción de pensión indemnizatoria, la obligación de restituir las cantidades indebidamente percibidas y la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública. También se recoge en la Ley la previsión de que los autores de infracciones muy graves no puedan ser nombrados para ocupar determinados cargos públicos durante un periodo de entre cinco y diez años.

Consejo de transparencia

Finalmente, el Título III de la Ley crea y regula el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que como se señala en el Preámbulo pretende ser “un órgano independiente al que se le otorgan competencias de promoción de la cultura de transparencia en la actividad de la Administración Pública, de control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, así como de garantía del derecho de acceso a la información pública y de la observancia de las disposiciones de Buen Gobierno”. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estará compuesto por la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y por un Presidente. Formarán parte de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno: un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de

Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

Aun cuando se pretende que sea un órgano independiente, creo que adolece de un notable déficit de independencia. En primer lugar, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es nombrado por el Gobierno, y aunque su refrendo se confiere al Congreso de los Diputados y se exige mayoría absoluta, hubiera sido conveniente de cara a asegurar un adecuado nivel de consenso, que su nombramiento debiera aprobarse por una mayoría parlamentaria cualificada, quizá dos tercios. En segundo lugar, porque se crea una Comisión de Transparencia sin que se especifique ni la manera en la que serán elegidos sus miembros, ni las competencias que se le encomiendan, por lo que será el Consejo de Ministros el que “aprobará mediante Real Decreto el Estatuto del Consejo de Transparencia y

Buen Gobierno, en el que se establecerá su organización, estructura, funcionamiento, así como todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones”.

Yo creo que la crítica no debe ser tanto al contenido de la Ley, sino a su eficacia, que solo podrá verse en el futuro. Futuro que será largo, pues se prevé que entre en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, “excepto las disposiciones del Título Preliminar, del Título I y del Título III, que entrarán en vigor al año de dicha publicación”. En este sentido ya lo ha venido indicando el Tribunal Constitucional cuando ha señalado que “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso” (STC 238/2012, de 13 de diciembre). ©

