

TRANSPARENCIA Y DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS¹

Marc Carrillo

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra*

Recibido: 15-03-2016
Aceptado: 03-06-2016

SUMARIO

- 1. El valor de la transparencia y el principio general de publicidad de los actos de los poderes públicos.*
- 2. El derecho de acceso a la información en las Administraciones Públicas.*
- 3. Consideraciones finales sobre la virtud pública en España. Bibliografía.*

¹ Este texto es desarrollo de la conferencia pronunciada el 26 de febrero de 2016 en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, con motivo de las XIX Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha: Transparencia y buen gobierno. En lo esencial se ha mantenido el tono propio de la exposición.

1. El valor de la transparencia y el principio general de publicidad de los actos de los poderes públicos.

A) *La regla del principio de publicidad de los actos de la Administración pública.* La opacidad de la Administración en la gestión de los asuntos públicos es antagónica con uno de los principios que ha de informar su funcionamiento: que la Administración ha de actuar conforme a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y de acuerdo con ello la publicidad de los actos de los poderes públicos ha de ser la forma de comportamiento. La regla ha de ser la publicidad en la actividad administrativa y el secreto sólo es admisible si opera como una excepción prevista en la ley. El Estado democrático de derecho no puede vivir de espaldas a la ciudadanía. El sometimiento de la Administración y del resto de poderes públicos a la ley, es una consecuencia directa de la forma de Estado basada en el principio de la soberanía popular y la ley es su expresión (art. 66.1 CE).

Es evidente que en la ley no se agota todo el ámbito del Derecho. La Administración está vinculada en primer lugar a la Constitución y en general al conjunto del ordenamiento jurídico. Ahora bien, el sometimiento pleno a la Constitución y a la ley no excluye la existencia de ámbitos en la actuación administrativa en los que ésta disponga de capacidad para la discrecionalidad. Esto es, la posibilidad de disponer en el marco de la ley de un margen de decisión que permita la existencia de diversas opciones, bien por razones de oportunidad o de orden técnico. Pero como ha indicado de forma reiterada la jurisprudencia constitucional (entre otras, las SSTC 86/2004 y 219/2004), la discrecionalidad nunca puede ser sinónima de poder absoluto de decisión que permita el puro arbitrio de la Administración, circunstancia que queda impedida por la Constitución (art. 9.3 CE). La discrecionalidad de un órgano de la Administración sólo es admisible si dispone de poder para ello de acuerdo con la realidad de los hechos que justifiquen su ejercicio y siempre que sea para atender a los intereses generales y nunca a los de orden particular. Su actuación siempre habrá de estar sometida a límites jurídicos y al control de los tribunales. (SÁNCHEZ MORÓN, 2009, p. 1690). Por tanto, si existen límites y un control sobre el cumplimiento de los mismos, la actuación administrativa no puede quedar al margen del conocimiento general.

Un conocimiento general, ciertamente, que como criterio básico, tampoco ha de ser concebido como un derecho de acceso indiscriminado a la información que la actuación administrativa genere, sino que habrá de serlo conforme a las condiciones y requisitos formales establecidos por la ley. Qué ésta lo facilite en lo que sea relevante o bien lo impida es cuestión distinta.

B) La eclosión de la transparencia. En la actualidad de las sociedades democráticas es una idea generalizada y asumida, que los ciudadanos por sí mismos o a través de los medios de comunicación, han de conocer cómo actúan los poderes públicos y los representantes por ellos votados que ocupan cargos en estas instancias de poder. Los primeros en manifestar de forma explícita esta necesidad, por otra parte, ínsita en la razón de ser del sistema democrático, fueron los países escandinavos y los Estados Unidos y su área de influencia. A principios del siglo XXI la eclosión de los deseos de transparencia se han generalizado en Europa, es especial en el Reino Unido, Alemania y Suiza y, también a nivel mundial.

En España fue la propia Constitución que entre los principios de funcionamiento de la Administración pública introdujo «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 la personas» (art. 105. b). Por tanto, este acceso no fue reconocido como un derecho fundamental a recibir información, similar al previsto en el artículo 20.1. d) CE, sino como un principio jurídico que obligaba al legislador y éste debía configurar su régimen jurídico. Este precepto sería desarrollado por el artículo 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se establece que *«los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea su la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud»*.

De esta primera regulación cabía ya destacar una significativa limitación del ámbito material de la documentación sobre la que el ciudadano podía tener acceso al conocimiento público, que no podían ser, lógicamente, cualquiera que fuese el contenido de ésta, sino únicamente en relación a los documentos que formasen parte del expediente administrativo y que obrasen en los archivos correspondientes. En consecuencia, el acceso a la documentación no podía ser concebido como una facultad del ciudadano para requerir su conocimiento en cualquier circunstancia procesal o personal, sino sólo en los casos que exista un expediente administrativo iniciado como consecuencia de una actividad de la Administración.

1 Esta Ley ha quedado derogada por la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ha entrado en vigor el primero de octubre de 2016.

Por su parte, la Unión Europea se ha aproximado a la regulación de la transparencia en los asuntos públicos a través de una norma de aplicación directa en los Estados miembros: el Reglamento (CE) número 1049/2001, del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos. De acuerdo con lo que prescribía el entonces apartado 2 del artículo 255 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se afirmaba que el concepto de apertura que introdujo el Tratado de la Unión Europea en su artículo 1, significaba que «[...] las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible» (Considerando 1) lo cual —añadía— «[...] permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático» (Considerando 2). Y ya en su parte dispositiva, el objeto del Reglamento se basaba en: a) definir los principios, condiciones y límites, por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión, de modo que se garantice el acceso más amplio posible a los documentos; b) establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho, y, c) promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos.

C) *El impacto legislativo de la corrupción.* Pero desde 2001 que la Unión Europea decide legislar sobre la necesidad de establecer reglas de transparencias en el funcionamiento de las propias instituciones comunitarias, han tenido que pasar casi tres lustros para que en España se legisle de forma específica sobre esta cuestión. Probablemente, habida cuenta de la aplicación directa de los reglamentos comunitarios sobre los ordenamientos de los Estados miembros, no hubiese sido necesaria legislación nacional alguna si la cultura de aprecio a las instituciones y al interés general hubiera calado en el sistema democrático español. Sin embargo no ha sido así, como lo ponen de manifiesto los numerosos procesos judiciales iniciados por delitos vinculados a la corrupción iniciados en los últimos años, que revelan un alarmante problema estructural en la solidez y calidad de la cultura democrática española.

Ante la pregunta de si España ha devenido un país en el que se han instalado a corrupción, los ejemplos de esta naturaleza a los que se han hecho eco de forma reiterada los medios de comunicación, no es fácil descartar que el problema pueda ser considerado como una cuestión episódica. La proliferación de informaciones y el inicio de procesos judiciales sobre actividades de esta naturaleza que implican tanto al sector público como al privado han aumentado en los últimos

años². El impacto en la población ya es notable; según los datos del barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), en noviembre de 2014 el 49% de los ciudadanos consideraba que la corrupción era el principal problema en España, mientras que tan sólo tres años antes, en 2011 sólo lo era para el 9,2%³. En fin, desde una perspectiva más general, dos años después, en enero de 2016, el barómetro del CIS señalaba que los tres problemas principales que existen en España son el paro (79%), la corrupción y el fraude el 39,2% y los partidos políticos (23,4%).

Las actuaciones definidas como corrupción son aquellas que suponen la sustracción de los bienes públicos de la satisfacción de las necesidades colectivas. Como ya se ha puesto de relieve (DOVAL PAIS, 2014, p.44), el Código Penal (CP) no recoge sistemáticamente todos los delitos de corrupción pública, sin perjuicio de la específica tipificación de los "Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales" (Capítulo X del Libro II, incorporado por la Ley Orgánica 15/2003). No obstante, a lo largo de la configuración de su parte especial, el CP sí que prevé toda una serie de tipos delictivos que describen acciones antijurídicas que son propias de la corrupción; prevaricación (arts. 404-406); cohecho arts. 419-427); tráfico de influencias (arts. 428-431); malversación (arts. 432-435); fraudes y exacciones ilegales (436-438); negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función pública (439-444); y la corrupción en el ámbito urbanístico (art. 329), en el patrimonio histórico (art. 322) y en el medio ambiente (art. 329). Los casos que en la actualidad se encuentran en sede judicial y que afectan ya sea a miembros del personal político de diferentes formaciones, que son o han sido depositarios de cargos representativos o bien a funcionarios públicos, lo han sido por la comisión confirmada o presunta de algunos de estos tipos delictivos (DOVAL PAIS, A. 2014, p.44).

Ante esta situación, en 2013, las Cortes Generales reaccionaron con la aprobación de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. La ley es de carácter básico en gran parte de su contenido, de acuerdo con los títulos competenciales que atribuyen al Estado la competencia para establecer: a) la regulación de las condiciones bási-

2 A modo ilustrativo, recuérdese los casos con mayor impacto ante la Administración de Justicia y en los medios de comunicación: Gürtel, Pallerols, ERES fraudulentos en Andalucía con graves responsabilidades de responsables políticos ayuntamientos y de la Junta de Andalucía, gestionados por el PSOE; Bankia; Palma Arena, Noos, Palau de la Música; Jordi Pujol y familia; ITV; Pokémon; Campeón; Fabra; Baltar; Brugal; Emarsa; financiación ilegal del Partido Popular, especialmente en las Comunidades Autónomas de Madrid y valenciana; gestión fraudulenta de la sanidad pública en Cataluña, numerosos ayuntamientos implicados en una gestión urbanística manifiestamente ilegal, etc.

3 El País, 5 de noviembre de 2014, p.

cas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE); las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE). De acuerdo con ello, de hecho, las competencias de las CCAA en materia de transparencia han quedado reducidas a la regulación del órgano de control de la transparencia que deseen crear y que en el ámbito de la Administración general del Estado ha de llevar a cabo, el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, que ha sido configurado como un organismo público, de acuerdo con lo previsto por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). En lo restante y salvo puntuales excepciones relativas a cuestiones de menor relieve (la información institucional organizativa y de planificación; el portal de la transparencia y sus principios técnicos, o las unidades especializadas de información), la Ley 19/2013 atribuye al Estado la regulación de todo el régimen jurídico de la transparencia.

Pues bien, no obstante y con anterioridad a la ley estatal, algunas Comunidades Autónomas ya había aprobado su propia legislación sobre transparencia: Galicia, 2006; Baleares, 2011, Navarra 2012 y Extremadura, 2013. Con posterioridad lo ha hecho, Canarias, Andalucía, Murcia, La Rioja, Cataluña, en 2014 y Aragón, Comunidad Valenciana y Castilla y León, en 2015. En la actualidad, tienen un texto en tramitación parlamentaria, el País Vasco, Asturias y Castilla-La Mancha y carecen del mismo, la Comunidad de Madrid y Cantabria.

El preámbulo de la Ley 19/2013 respondió a una deliberada voluntad de regeneración en la gestión de la cosa pública: *«La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, como se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos»*. Nada más cierto que ello, sin duda, sobre todo porque la realidad que reflejan las encuestas del CIS hacen palpable la distancia con la cruda realidad de la gestión de los asuntos públicos por una parte de los cargos representativos y responsables públicos en las instituciones democráticas. Una realidad política y social que de forma reiterada en los últimos años, ofrece el obscuro espectáculo de procesos por corrupción iniciados en sede judicial, que contrasta con el ideal democrático que se ha

de suponerse de los cargos representativos y responsables políticos, basado en la virtud pública y la defensa del interés general.

A fin de paliar esta distancia a la que, por otra parte, en ningún momento esta Ley hacía referencia en los motivos que la justificaban, su texto precisa que los objetivos para los que fue creada eran incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, articulada a través de las obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas. Si hubiera que hacer caso plenamente a la voluntad del legislador, no se trataba de partir de cero, ya que además de las previsiones contenidas en el artículo 37 de la citada Ley 39/1992, existen además de los precedentes de la legislación aprobada sobre la reutilización de la información en el sector público (Ley 37/2007) o la relativa al reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración públicas a través de medios electrónicos. (Ley 11/2007). Así, la nueva ley «[...] ahonda en lo ya conseguido, supliendo sus carencias, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos». Sin embargo, el contraste con la realidad no consiente una valoración de la regulación legal de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos tan autocomplaciente con los resultados obtenidos por la legislación aprobada hasta entonces por las Cortes generales ni, menos aún, tan benévola con el problema de la corrupción.

D) La transparencia en la gestión de los asuntos públicos es una consecuencia de la democracia como procedimiento.

Un presupuesto ineludible en el orden conceptual que opere como freno a la corrupción, comporta que la toma de decisiones en un sistema democrático que se precie de tal, han de estar fundado en el más escrupuloso respeto a los procedimientos fijados por la ley. La ley aprobada por el Parlamento, dotada de la legitimidad popular surgida del sufragio universal, es el único instrumento que debe condicionar que la decisión que tome una administración pública, ya sea estatal, autonómica, local o institucional, sea conforme a Derecho y no en razón de intereses ajenos al mismo. La contratación pública para la prestación de un servicio público, la regulación urbanística de un municipio, la concesión de subvenciones para la prestación de servicios sociales, el cumplimiento de las reglas de incompatibilidad para el ejercicio del cargo o, cualquier otra actuación administrativa, habrán de seguir el procedimiento previamente establecido por la ley para no incurrir en arbitrariedad. Es decir, para evitar que el acto administrativo que formaliza la decisión no incurra en una nulidad de pleno derecho.

Como recordaba Norberto Bobbio en este sentido, la democracia no es un

ideal sino que se configura, sobre todo, como un proceso. De tal manera que las decisiones del poder público han de responder a tres exigencias ineludibles: el respeto a la Constitución y a la ley; un riguroso cumplimiento de los procedimientos previamente establecidos y en evitar, a todo trance, la confusión entre el interés personal o el político. A este respecto, el filósofo italiano señalaba que si bien la democracia es también procedimiento, el respeto a este requisito no puede ignorar la existencia de algunos obstáculos que acompañan al proceso democrático en la toma de decisiones. Así, por ejemplo, éste es el caso de la persistencia de oligarquías locales cuya influencia puede llegar a ser un factor condicionante de la decisión administrativa hasta el punto de alterar su legalidad. En este mismo orden, incluye también el peligro que se puede derivar de gobiernos de "técnicos" que en ocasiones tienden a dar prevalencia a los criterios de eficacia con notoria desconsideración hacia la base legal en la que deben sustentarse, o también las dificultades que pueden ofrecer la inflación y complejidad de determinados aparatos administrativos, para determinar la autoría de una decisión. Sin olvidar, tampoco la negativa influencia que supone la existencia de una ciudadanía poco o nada educada en los deberes cívicos de aprecio y respeto por los bienes comunes y el interés general (BOBBIO, 2007, p. 27 y ss).

No obstante este cúmulo de factores condicionantes de la legalidad en los procedimientos, de elementos que al cabo suponen un incentivo para que la opacidad se instale en la actuación de los poderes públicos, como contrapunto a ello es preciso señalar las posibilidades que ofrecen el espectacular desarrollo que han experimentado las nuevas tecnologías de la información y la comunicación [TICs] (BASSOLS COMA, 2015, p.22). Seguramente, la revolución más relevante que ha ofrecido la última década del pasado siglo para el progreso humano y el desarrollo de las libertades públicas, y cuya importancia habría de coadyuvar la consecución de una mayor eficacia en la aplicación de la legislación sobre transparencia, dadas las posibilidades de acceso a la red para el conjunto de los ciudadanos. Y, de esta forma, facilitar una mayor visibilidad de la actuación administrativa.

E). *La bases constitucionales de la transparencia en la administración de los asuntos públicos.* Un primer referente lo encontramos en el mismo Preámbulo de la Constitución cuando establece la voluntad de «establecer una sociedad democrática avanzada», al que le sigue un principio general de participación de la ciudadanía en «la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2 CE), que ha de permitir que como expone el preámbulo de la Ley 19/2013, la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno sean los ejes fundamentales de toda acción política. El reconocimiento de un principio general favorable a la participación activa del ciudadano, ha de ser un buen an-

tídoto frente a la opacidad en el manejo de los fondos públicos por parte de los representantes públicos.

El derecho fundamental a la participación política (art. 23.1 CE) a través de los partidos políticos (art. 6 CE), como uno de los instrumentos para hacerla efectiva constituye el punto de partida. Pero como ya se apuntaba anteriormente, el acceso del ciudadano al conocimiento de documentos contenidos en los archivos públicos, no forma parte del derecho fundamental a recibir información, ex artículo 20.1 d), de la Constitución, sino que se configura como un principio constitucional que informa el funcionamiento de la Administración pública (art. 10.5 b, CE). Además, la jurisprudencia constitucional (STC 119/1995, de 17 de julio) en su interpretación de este precepto y su diferencia con el derecho fundamental de participación política, recuerda que las diversas formas de participación del ciudadano en asuntos públicos, (arts. 9.2, 27.5 y 7 o 48, CE etc.) son «formas de participación que difieren no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad –art. 9.3 CE- y del derecho de igualdad –art. 14 CE-)» si bien ninguna de estas formas, interpreta esta sentencia, sean manifestaciones del derecho de participación política (art. 23.1 CE) «[...] pues no sólo se hayan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una *ratio* bien distinta: en el artículo 23.1 CE se trata de las modalidades –representativa y directa, de lo que en el mundo occidental se conoce como democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general, mientras que en los restantes preceptos a que se ha hecho alusión [...] se da entrada a correctivos particularistas de distinto orden». Por tanto, el derecho de acceso a la información contenida en documentos y registros administrativos tampoco es un derecho que se pueda identificar con el derecho fundamental a la participación política. Es otro tipo de participación ciudadana vinculada al funcionamiento de la Administración pública.

De acuerdo con esta bases constitucionales, el artículo 105.b) CE se remite a la ley para establecer la definitiva regulación «[D] *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*». Se trata, pues, de una genérica formulación constitucional que, si bien el texto constitucional no lo refleja directamente, sí permite derivar de ella el principio de transparencia en la actuación administrativa. Este principio ha de servir para complementar la garantía del control judicial de la administración (art. 106 CE), de tal forma que como ha sido subrayado (MESTRE DELGADO, 2009,

p. 1719) la jurisprudencia ordinaria ha interpretado que la Constitución fija la imagen de una Administración pública auténticamente democrática estableciendo con este fin un denominador común en el artículo 105 CE que «consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática» (STS de 19 de mayo de 1988).

2. El derecho de acceso a la información en las Administraciones Públicas.

Con estos mimbres constitucionales se configura el derecho de acceso a la información en el seno de las diversas administraciones. Unos mimbres que, obviamente, no pueden ignorar la tensión entre las exigencias del principio de publicidad y la correlativa transparencia de los actos de la Administración pública con la acusada tendencia a la opacidad que muestran los poderes públicos de todo orden. Pero más allá del alcance que en cada caso puede ofrecer esta tensión, es lo cierto que el acceso al conocimiento de documentos públicos no puede ser entendido como una facultad puesta a disposición de los ciudadanos de forma indiscriminada. Ciertamente, el secreto en el ejercicio del poder debe ser una excepción y no la regla. Ello sería incompatible con el principio general de participación ciudadana que la Constitución proclama (art. 9.2). Pero no ha de ser óbice para que la Administración deba guardar y mantener el secreto respecto de algunas de sus actuaciones, en la medida que ello siempre habrá de redundar en beneficio de la eficacia de las mismas. La administración debe informar las más de las veces, pero nada excluye que en algunas ocasiones su correcta función sea la de mantener la más absoluta discreción. En este sentido, el ciudadano no puede pretender tener acceso en cualquier circunstancia y lugar a todo documento público.

En las páginas que siguen se analizará el modo a través del cual la Ley 19/2013 ha resuelto la tensión entre información y secreto para regular el principio general de transparencia en la actuación de la Administración pública.

A) El ámbito subjetivo de aplicación.

Las administraciones que están obligadas a ser transparentes son todas las administraciones de naturaleza territorial (Estado, Comunidades autónomas y Entidades locales), las Entidades gestoras de la seguridad Social, así como también todas las diversas modalidades de administración institucional (organismos autónomos, agencias estatales, entidades empresariales de Derecho Público, etc.); Corporaciones de Derecho Público (Colegios profesionales). Además de

los otros órganos constitucionales del Estado: la Corona, las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el banco de España, el Tribunal de Cuentas y las instituciones análogas de las Comunidades Autónomas.

Fuera del ámbito orgánico estrictamente público, pero con participación del presupuesto público en su actividad, también están vinculadas por la Ley 19/2013 las sociedades mercantiles en las que el capital público sea superior al 50%; las fundaciones creadas por el sector público, las entidades privadas que hayan recibido subvenciones superiores a los cien mil euros anuales, o bien aquellas entidades en las que el 40% de ingresos anuales tengan carácter de ayuda pública. Además, esta ley incluye también en su ámbito de aplicación a otras entidades privadas a las que la Constitución les otorga una especial relevancia en el ámbito de la participación política, económica y social, como es el caso de los partidos políticos (art. 6 CE), los sindicatos y las asociaciones profesionales (art. 7 CE).

Pues bien, descrito este amplio elenco de órganos públicos y entidades privadas sobre los que se proyectan las obligaciones de transparencia en su actuación que prescribe la Ley 19/2013, sorprende sobremanera que del mismo quede excluida una entidad privada como es la Iglesia Católica. Una entidad a la que el artículo 16.3 de la Constitución cita específicamente para prescribir que con la misma el Estado –además de las otras confesiones religiosas– mantendrá las correspondientes relaciones de colaboración. Unas relaciones que en el caso del culto religioso católico gozan de una regulación jurídica especial, con rango de tratado internacional, formalizado a través de los Acuerdos suscritos entre España y el Estado Vaticano, la llamada Santa Sede, de 3 de marzo de 1979, sobre asuntos jurídicos, económicos, enseñanza y asuntos culturales, y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, ratificados por los Instrumentos de 4 de diciembre de 1979. El resultado de estos acuerdos fue el mantenimiento del trato preferente del que ya disponía la Iglesia Católica durante la dictadura franquista en el Concordato de 1953, y año tras año se traduce en la aportación económica del Estado a dicha iglesia, con cargo a los presupuestos del Estado, y al margen de la confesión religiosa de cada contribuyente a la hacienda pública. Esta relación especial se concreta también en el decisivo ámbito de la educación, con la subvención estatal a la amplia red de escuelas concertadas vinculadas a la confesión religiosa católica.

La sorpresa por esta exclusión no es, desde luego, irrelevante si se tiene en cuenta que, como se acaba de exponer, la ley reclama el cumplimiento del deber de

transparencia a entidades privadas que reciben del erario público subvenciones por una cantidad irrisoria si se compara con lo que recibe anualmente la Iglesia Católica por los conceptos antes señalados. Este trato tan favorable y discriminatorio respecto a otras entidades tiene un vicio constitucional de origen, que no es otro que la inconstitucionalidad manifiesta de los Acuerdos de 1979 y respecto de los cuales el Tribunal Constitucional, pudiéndolo hacer, nunca ha encontrado la ocasión para plantearse la constitucionalidad de dichos Acuerdos (a través de la autocuestión del artículo 55.2 de la LOTC) con ocasión de los procesos de amparo planteados por particulares. Por ejemplo, en los diversos recursos de amparo presentados por profesores de la -por otra parte- singular asignatura de religión, que habían sido despedidos por la autoridad religiosa -el llamado "ordinario del lugar"- de centros subvencionados con dinero público por causas como la de ser afiliados a un sindicato de izquierdas o vivir con su pareja de hecho (SSTC 38/2007; 128/2007 y 149/2014, relativas a la selección de profesores de religión en las escuelas públicas).

La sorpresa se acrecienta porque si entre las finalidades de la Ley 19/2013 se encuentra evitar la opacidad y el secretismo, resulta para paradójica la exclusión de la Iglesia Católica, una entidad privada vinculada ideológicamente a un estado soberano, el Estado Vaticano dotado de una forma de gobierno en el que la publicidad de sus actos es la excepción y la opacidad la regla secular. La ley ha perdido una buena oportunidad de que, al menos, en modesto el ámbito español el secretismo católico no encuentre un terreno abonado. Salvo que se entienda que entre las relaciones de especial colaboración del artículo 16.3 CE vaya incluido el no fiscalizar las actuaciones de la Iglesia Católica.

B) El ámbito objetivo de aplicación.

El objeto del derecho de acceso es la información pública. De acuerdo el artículo 13 de la ley 19/2013 *«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»*.

Seguramente, la novedad que aporta esta definición respecto de la previsión constitucional del artículo 105.b) es la referencia a documentos y a contenidos como objeto de la información pública en poder de las administraciones públicas y entidades privadas sobre las que recae el deber de la transparencia. Una primera consideración a hacer es que, a pesar de la literalidad del precepto legal y de su imprecisión como texto jurídico, no puede deducirse que contenidos y documentos sean conceptos sinónimos. Por documento se entiende

aquel «objeto de cualquier naturaleza que exterioriza un pensamiento humano a través de la escritura o de cualquier otro signo», mientras que por contenidos puede entenderse, no el soporte (escrito o electrónico) de la información sino la información misma. Por tanto, sin forzar el sentido del artículo 13 cabe deducir que este precepto reconoce un derecho de acceso tanto a la información accesible en el momento en el que se formula la solicitud de información, es decir la información que resulta disponible en ese momento, como también a la información necesitada de un tratamiento de los datos (BARRERO, 2014, p. 203-204). Dicho lo cual, cabe precisar que el derecho de acceso no puede alcanzar una exigencia a la administración para que aporte documentos que en el momento de la solicitud sean inexistentes.

C) Los límites al derecho de acceso a la información pública.

Es preciso volver a subrayar que el derecho de la ciudadanía de acceso a la información de las administraciones públicas (art. 105. b CE), en ningún caso puede ser universal para cualquier ciudadano con independencia del interés que pueda acreditar sobre la cuestión ni tampoco indiscriminado, de forma que cualquier contenido pueda ser accesible a petición del solicitante. No es el caso del derecho fundamental a recibir información reconocido en el artículo 20.1.d) CE, pilar fundamental del sistema democrático, que aun no siendo –por supuesto- un derecho que permita acceder a cualquier contenido es, en este sentido y sin ningún género de duda, un derecho de un espectro objetivo indiscutiblemente más amplio, siempre que la información sea de interés general o también si se refiere a personas de relevancia o de notoriedad pública (MEDINA GUERRERO, 2005).

El derecho a la información que ahora corresponde examinar es bien distinto. Los límites legales a los que es sometido conciernen a temas que afecten a: la seguridad nacional y la seguridad pública; las relaciones exteriores del Estado; los procesos penales y los procedimientos administrativos sancionadores; del ejercicio de las potestades administrativas de vigilancia, inspección y control; en el ámbito de la información económica, la política económica y monetaria y los intereses económicos y comerciales; la protección del medio ambiente y la garantía de la confidencialidad en los casos que debe operar el secreto profesional y la protección de la propiedad intelectual (art. 14).

La aplicación de estos límites ha de ser justificada y proporcionada al objeto y finalidad de protección, acorde con las circunstancias del caso concreto, especialmente en los casos en los que pueda concurrir un interés público o privado superior

que justifique el acceso. Las resoluciones administrativas que se dicten concernientes al acceso a la información deberán realizarse previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieren. A este respecto, los datos personales que se difundan requerirán la previa autorización del interesado si se trata de aquéllos que por su contenido así lo requiera la legislación sobre protección del *habeas data* (art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal). Así, por ejemplo, entre otros supuestos, no se requerirá dicho consentimiento cuando los datos «[...] se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias».

D) Las causas de inadmisión de las solicitudes de las solicitudes de acceso.

En relación al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el artículo 18 de la Ley 18/2013 establece cinco causas de inadmisión de las solicitudes que en todos los casos deberán ser objeto de resolución motivada. Conviene centrar la atención en tres de ellas:

1) La primera es la que se refiere a las solicitudes relativas a información cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración (art. 18.1.c). En principio, se trata de una limitación que responde a una finalidad razonable: evitar que la labor de reelaboración, esto es de búsqueda de la información adicional que complete los datos preliminares que integran la documentación, sea utilizada por el solicitante de manera puramente interesada, con fines particulares o comerciales. Especialmente por empresas que utilicen dicha información con fines espurios. Sin embargo, será preciso verificar en el futuro el balance que ofrece la aplicación de la norma en relación al alcance del concepto de "reelaboración", a fin de que no puede devenir una cláusula abierta con fines impeditivos por parte de la Administración (BARRERO, 2014, p. 206-207).

2) La segunda es la relativa a la petición de información que se encuentre en curso de elaboración o de publicación general. Por tanto, se trata de la información que no es accesible en el momento en que es requerida por el peticionario, pero nada excluye que lo pueda ser en un momento posterior.

3) Y la tercera es cuando la solicitud concierne a una información de carácter auxiliar o de apoyo como es el caso de la que se contiene en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas (art. 18.1.b). En este caso también el límite es razonable, pero no queda excluido que una interpretación extensiva del mismo pueda ser un factor impeditivo de la transparencia.

E) Consideraciones sobre las unidades de información al servicio del derecho de acceso a la información y el procedimiento aplicable.

1) *Las unidades administrativas de información.* La eficacia de la puesta en práctica del principio de transparencia puede devenir de inmediato en puro deseo retórico si la Administración no dispone de un aparato interno organizado para proveer la información solicitada por el ciudadano que muestre un interés legítimo en obtenerla. El apartado segundo del artículo 21 de la Ley 19/2013, que carece de la condición de precepto básico, establece para la Administración General del Estado (AGE) que en su estructura deberán existir unidades administrativas especializadas, a las que se atribuyen una serie de funciones al respecto. Entre las mismas sobresale, en este caso con carácter básico, el proporcionar la publicidad activa sobre su actividad en relación, entre otras, a (art. 7): sobre directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares, en la medida que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; Anteproyectos de ley y proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda; los proyectos de Reglamentos; las memorias e informes o los documentos que conforme a la legislación sectorial, deban ser sometidos a un periodo de información pública.

Pero además de recabar y difundir dicha información, las unidades administrativas de la AGE deben recibir y tramitar las solicitudes de información; realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada; realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes; llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información, asegurar la disponibilidad en la respectiva página web de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia, etc. Pues bien, aun no siendo básico el contenido de este precepto, resulta lógico que las unidades administrativas de las otras administraciones territoriales e institucionales actúen y lleven a cabo funciones similares. Y, por supuesto también, de los órganos constitucionales. Y es aquí donde las disponibilidades no son las mismas.

Recientemente el Consejo General del Poder judicial informaba (IUSTEL de 10/05/2016) que los 17 Tribunales Superiores de Justicia ya disponían del respectivo portal de transparencia, y que en los próximos meses entrarán en funcionamiento los del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. Sin embargo, no es éste el caso de los municipios pequeños, allí donde la relación del ciudadano con el poder público es más directa, y donde se constata las enormes deficiencias de la infraestructura material necesaria para hacer frente a las solicitudes de información. Especialmente, para asumir con eficacia las obligaciones derivadas de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

2) *El procedimiento*. La legitimación activa para solicitar el acceso a la información, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución corresponde a todas las personas, sean físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras (art. 12). Ahora bien, no se trata de un acceso universal e indiscriminado, fundado en la invocación de cualquier tipo de interés. Razonablemente, la Ley 19/2013 establece un límite al respecto porque, en efecto, la regulación especial del derecho de acceso a la información pública, a través del correspondiente procedimiento administrativo «será aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo» (Disposición Adicional primera). La condición de interesado en el procedimiento administrativo corresponde a quien pueda invocar la titularidad de un derecho o un interés legítimo vinculado a éste último. No así, al particular que fuera de estos dos casos alegue un interés difuso al respecto. La legítima pretensión de transparencia en las administraciones públicas, no puede legitimar la instrumentalización del procedimiento con fines espurios, a través de la utilización torticera por parte de ciertos particulares objetivamente desvinculados del caso, con el consiguiente riesgo de dificultar o incluso de colapsar la actividad de la unidad administrativa afectada.

La solicitud de información debe dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. Si ésta es un entidad que presta un servicio público o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad vinculadas por esta Ley (art. 2.1 CE) y a las que se ha hecho referencia con anterioridad. La solicitud, lógicamente, puede formalizarse en cualquiera de las lenguas cooficiales y no requiere ser motivada (art. 17.3), preferentemente a través de vía informática y es gratuito.

Sin embargo, no parece que la no exigencia de motivación sea una buena solución, sobre todo si se requiere del solicitante, como mínimo, un interés legítimo sobre los documentos que se integren en el procedimiento y, además, terceros interesados pueden ser convocados para hacer alegaciones si sus derechos quedan afectados (art. 19.3). La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a terceros afectados en el plazo de un mes y la denegación deberá ser motivada. El silencio administrativo tendrá siempre efecto negativo. De no ser así, podría dejar desprotegidos los derechos fundamentales de la personalidad (art. 18.1 CE) de terceros relacionados en la documentación afectada.

Finalmente, el régimen de recursos establecido por la Ley 19/2013 contra lo resuelto en lo concerniente al derecho de acceso a la información, determina lo siguiente: en el ámbito de la AGE, el control se las obligaciones derivadas de esta

Ley corresponde al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que, como ya se ha señalado anteriormente, es un organismo público de los previstos en la LOFAGE. Pues bien, la reclamación ante el mismo, que es potestativa, de producirse, sustituye a los recursos administrativos previos a la vía contenciosa (art. 107.2 de la Ley 30/1992). No obstante, se si trata de los órganos constitucionales (art. 2.1, f Ley 19/2013), sólo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo.

3. Consideraciones finales sobre la virtud pública en España.

La finalidad de regeneración democrática que puede representar esta Ley sobre la transparencia es solo un paso. Su propio preámbulo pretende argumentar que no nace de la nada sino que se integra en un proceso iniciado con anterioridad con la misma voluntad de hacer de la actividad de la Administración pública y del conjunto de los poderes del Estado un ámbito mucho más permeable al conocimiento de la ciudadanía. Pero la sucesión galopante de casos por corrupción de los últimos años contrasta de forma lacerante la justificación expuesta por el autor de esta ley.

Con todo lo positivo que pueda suponer esta legislación sobre el principio de la transparencia en el gobierno de los asuntos públicos, el problema estructural sobre el que se proyecta la ley no se resuelve solamente a golpe de disposiciones jurídicas.

Bibliografía.

BARRERO, C. (2014). «El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva». En: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (E. GUICHOT, coord.). Tecnos, Madrid.

BASSOLS COMA, M (2015). «Transparència i bon govern vers la regeneració democràtica». En: *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya. Comentaris de la Llei 19/2014, de 9 de desembre*. Agustí Cerrillo i Juli Ponce (Coord.) Escola d'Administració Pública de Catalunya. UOC. BarceLona.

BOBBIO, N. (2007): *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México.

DOVAL PAIS, A. (2014): «Delitos de corrupción pública": delitos y condenas». *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*. Iustel. Madrid.

MEDINA GUERRERO, M (2005). *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant lo Blanch. Valencia.

MESTRE DELGADO, J.F (2009). «Artículo 105». En: *Comentarios a la constitución española. XXX Aniversario (Maria Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer)*. Fundación Wolters Kluwer. Madrid.

RESUMEN

La transparencia en la gestión de los asuntos públicos está vinculada al principio general de publicidad de los actos de la Administración. En los últimos años, los casos de corrupción son una de los primeros motivos de preocupación de los ciudadanos españoles. La respuesta legislativa se ha concretado en el ámbito penal en tipificación de una serie de delitos que persiguen el aprovechamiento privado de bienes públicos. En el ámbito administrativo, se ha aprobado una ley especial de transparencia, a fin de garantizar la democracia como procedimiento y, por tanto, el derecho de acceso de los ciudadanos a la información administrativa.

PALABRAS CLAVES

Transparencia, derecho a la información, administración pública, corrupción, procedimiento administrativo, virtud pública.

ABSTRACT

Transparency in the management of public affairs is linked to the general principle of publicity of acts of the administration. In recent years, cases of corruption are one of the first concerns of Spanish citizens. The legislative response has resulted in criminal matters in typing a series of crimes that pursue the private use of public goods. In the administrative sphere, it has approved a special law of transparency, to ensure democracy as a process and, therefore, the right of access the and citizens to administrative information.

KEY WORDS

Transparency, right to information, public administration, corruption, administrative procedure, public virtue.