

UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LA LEY ESPAÑOLA 19/2013

ISABEL SERRANO MAÍLLO

Profesora de la Sección Departamental de Derecho Constitucional
Facultad de Ciencias de la Información – Universidad
Complutense de Madrid (UCM).
Correo electrónico: miserran@ucm.es

ESTHER MARTÍNEZ PASTOR

Profesora del Departamento de Ciencias de la Comunicación y Sociología
Facultad de Ciencias de la Comunicación –
Universidad Rey Juan Carlos (URJC)
Correo electrónico: esther.martinez.pastor@urjc.es

PILAR BELTRÁN ORENES

Profesora del Departamento de Ciencias de la Comunicación y Sociología
Facultad de Ciencias de la Comunicación –
Universidad Rey Juan Carlos (URJC)
Correo electrónico: pilar.beltran@urjc.es

Resumen

La aprobación en 2013 de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno fue una acción necesaria aunque tardía. Mejoró en gran medida la situación que se vivía en nuestro país en torno a la transparencia de las Administraciones, sin llegar a cumplir, no obstante, todas las expectativas. Uno de sus elementos más criticados es ser una ley de mínimos en cuanto a la publicidad activa, además de presentar complejidades en su implementación por recoger obligaciones que deben ser ampliadas en normas autonómicas, o en normas sectoriales, que pueden llegar a provocar desigualdades entre ciudadanos dentro del mismo país.

Palabras Claves: Transparencia, derecho de acceso a la información pública, publicidad activa, Gobierno abierto.

Abstract

The approval of the Law on Transparency in 2013 was a necessary action but it came late. This law did not meet the social expectations, but there are improvements in Spain regarding the transparency of the public administration. This legal standard has been hardly criticized because it is identified as a “law of minimums” in terms of active transparency, and because it will have a difficult implementation since the obligations are expected to be expanded in local or sectorial laws at the risk to create inequalities between citizens from different latitudes of the country.

Key words: Transparency, right of access to public information, active transparency, open government.

1. ANTECEDENTES DE LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO (LTBG)

En 2013 se aprobó en España la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG), una ley necesaria, aunque tardía, y que no ha servido para responder a todas las demandas de información y transparencia que dieron lugar a su nacimiento, pero que al menos marca el camino hacia un derecho a saber más efectivo.

Esta ley, como apuntamos más arriba, es tardía, pero no es la primera norma que aborda esta cuestión en nuestro país (Cotino, 2014). Así, por ejemplo, en Galicia ya se contaba con una ley autonómica de Transparencia y de Buenas Prácticas en la Administración Pública Gallega (Ley 4/2006, de 30 de junio), la que si bien no es una auténtica norma de transparencia tal y como la entendemos hoy, introdujo “la transparencia como principio rector de la actividad de la Administración autonómica y supuso la concreción legal de prácticas hoy habituales, como la publicación de la información sobre los convenios y contratos públicos, las convocatorias de subvenciones y la resolución de éstas o la información retributiva de los cargos públicos, sí podemos considerarla como un antecedente de la ley que hoy tenemos” (Exposición de Motivos), razón por la que consideramos que constituye uno de los antecedentes de nuestra LTBG.

Otra ley que podemos considerar precursora o antecedente de la actual, es la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de la Comunidad Foral de Navarra.

De la misma forma, a pesar de que, como hemos dicho, la transparencia como tal ha sido regulada en nuestro país con cierto retraso, no cabe duda de que ha sido una materia objeto de preocupación social, jurídica y doctrinal constante, que ha ido salpicando nuestro ordenamiento desde hace tiempo. Baste apuntar sucintamente una muestra de normas, de carácter estatal, que ya se venían refiriendo a asuntos de transparencia y derecho a saber, aunque no fuera esa materia el eje central de su regulación: la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; 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; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios y; la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, Sobre Reutilización de la Información del Sector Público, entre otras.

Así pues, podemos concluir que la LTBG es una norma que nace como consecuencia de la inercia “histórica, política, social y, por supuesto, jurídica, de la emergencia de la transparencia y el acceso a la información”

(Cotino, 2014, p.242). El ciudadano se sabe titular de un derecho a la participación política que ya no se agota en el derecho de sufragio, sino que se traduce en una verdadera participación activa en la cosa pública, de lo que emana la necesidad real de saber de una sociedad crispada a causa de la actuación política que ha provocado el aumento de la percepción de la corrupción y el fraude como un problema real, según las encuestas del Centro de Investigación Social (Delgado, López y Sierra, 2017). Saber para entender, saber para controlar. Este mensaje parece haber calado en nuestras Instituciones, que se han apresurado a aprobar leyes de transparencia en casi todas las comunidades autónomas (salvo en Asturias, Cantabria, Castilla, la Mancha, Madrid y País vasco, donde aún se están tramitando).

Entonces, ya contamos en España con: la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de las Illes Balears; la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública (Canarias); la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Cataluña); Ley 1/2014, de 24 de junio, de

Transparencia Pública de Andalucía.; la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, y la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

Esta nueva actitud político-social del ciudadano moderno hace cada vez más patente la necesidad de considerar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, si bien es cierto que no hay aún unanimidad doctrinal al respecto. Así, según recoge Rollnet (2015), hay tres posiciones doctrinales. La primera, considera que el derecho de acceso es un derecho constitucional de configuración legal recogido en los artículos 105 b); 23.2 y 28 Constitución Española (CE) y no un derecho fundamental como tal, Fernández Ramos (2012) y Chinchilla (1988). La segunda tesis, liderada por Sánchez de Diego (2015), Cotino (2015) y Olmedo (2014), defiende la naturaleza del derecho de acceso como la facultad de investigar y de buscar, que se integraría en el artículo 20 CE, lo que convierte a este derecho en fundamental. La tercera postura doctrinal, mantiene una posición intermedia al considerar que es tanto un “derecho autónomo regulable por la ley ordinaria ex 105 b) CE” (Rollnet, 2015, p.108), como un derecho fundamental asociado a la libertad de información del artículo 20 de nuestra Carta Magna (Guichot, 2011).

Al margen de las diferentes posiciones doctrinales, lo cierto es que desde el punto de vista jurídico legal, el derecho de acceso no ha sido considerado en nuestro país como fundamental, lo que se pone de manifiesto en el hecho de que la Ley de Transparencia ha sido tramitada como ley ordinaria y no como ley orgánica (tipo de norma con competencia regulatoria sobre los derechos fundamentales), y esto a pesar de que sí hay acuerdo doctrinal en el hecho de que este derecho que nos ocupa es una vertiente esencial del derecho a la información (que sí es derecho fundamental) y presupuesto necesario para que fluya la comunicación, que es, a su vez, indispensable para la formación de la opinión pública libre, base de la democracia (Sánchez de Diego, 2014; Cotino, 2014; Rollnet, 2015).

Por el contrario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tratado de Lisboa de 3 de diciembre de 2007 (en vigor desde 2009), sí parece haber optado por otorgarle al derecho de acceso a la información pública la naturaleza de iusfundamental. Así, su artículo 42 recoge: “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”. También hay una breve referencia al derecho de acceso, si bien sólo de los interesados directos, en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dice: “Derecho a una buena administración” donde dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular: - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, - la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones, - instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

En cuanto a la consideración del derecho a acceder a la información pública como un

derecho fundamental, cabe destacar también el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 19 de septiembre de 2006, en el que se reconoció el acceso a la información pública como una vertiente de la libertad de expresión. En la misma línea, se encuentran las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Europeos del caso *Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría*, sentencia de 14 de abril de 2009 (Rey, 2014); *Kennedy vs. Hungría*, sentencia de 26 de agosto de 2009 (Rey, 2014) y el caso *Youth Initiative for Human Rights vs. Serbia*, de 25 de junio de 2013 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013). En los tres casos, los demandantes solicitaban información pública a la Administración. En el primero, se solicitaba un recurso planteado ante el Tribunal Constitucional Húngaro; en el segundo, se demandaban documentos oficiales sobre el Servicio de Seguridad del Estado para escribir un estudio sobre su funcionamiento; y en el tercero, información relacionada con la vigilancia electrónica de la Agencia de Inteligencia Serbia. En los tres casos se hace mención tanto a la libertad de recibir información como al derecho de acceso a ella.

2. GOBIERNO ABIERTO, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (LTBG)

La LTBG responde tanto a la Alianza por el Gobierno Abierto (*Open Government*) como a la Alianza por el Gobierno Abierto

de los Documentos Oficiales del Consejo de Europa (Cotino, 2015; Sánchez de Diego, 2014). La transparencia es un término incluido en el *Memorandum on Transparency and Open Government* de Obama de 21 de enero de 2009, en el que afirmaba que su Administración sería transparente con sus ciudadanos (Obama, 2009). La inclusión de este término en aquel discurso generó un gran impulso mediático en cuanto a la forma de entender la gestión de los gobiernos y, en 2011, se creó la Alianza para el Gobierno Abierto. Ésta es una plataforma internacional a la que se han sumado 76 países (marzo de 2017), cuyo propósito es que los gobiernos sean más abiertos y gestionen respuestas hacia sus ciudadanos.

España ha elaborado tres informes con los avances en Transparencia, publicados en 2013, 2015 y 2016 (Nicandro, 2013). Sus objetivos principales son: rendición de cuentas, tecnología e innovación, participación ciudadana y transparencia. Tal como indica Boix (2015), es necesario que se generen procedimientos entre los gobiernos y sus ciudadanos en el que unos y otros interactúen, de modo que se pueda reutilizar la información pública de formas diferentes. Es sobre estos principios sobre los que se fundamenta nuestra Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Pero antes de analizar la norma, conviene reflexionar sobre los conceptos de transparencia, acceso e información pública.

La transparencia conlleva e implica, a un mismo tiempo, el derecho de acceso a la

información pública. Sin embargo, tal y como afirma Sánchez de Diego (2017), la transparencia no es lo mismo que derecho de acceso a la información. La palabra transparencia no aparece en nuestra Carta Magna, pero se puede interpretar que está presente en los artículos 9.3, 24, 18, 20 y 105 b). En ellos, se aborda la publicidad de las normas y la seguridad jurídica, la necesaria motivación de los actos administrativos, el derecho de autodeterminación informativa respecto de la Administración, el derecho a la información y el acceso de los registros y archivos públicos. De hecho, “el derecho de acceso a la información pública configurado como derecho fundamental, garantiza la transparencia y posibilita una profundización de la democracia. Sin embargo, no existe una relación inversa: la mera transparencia no amplía los derechos de los ciudadanos” (Sánchez de Diego Fernández de la Riva, 2014: 6), pues para ello, necesita del acceso. Así, el derecho de acceso está vinculado directamente con el “derecho a la información” y con la facultad de buscar e investigar, ya que para informar, previamente se ha tenido que acceder a la información. Por ello, se puede entender que el derecho de acceso es un derecho fundamental por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 19, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 párrafo 2, que reconocen la facultad de investigar o buscar (Sánchez de Diego, 2014; Olmedo, 2014).

Por su parte, un documento público (consideramos que por extensión puede aplicarse

a información pública) es todo documento, contenido o información, registrados, redactados o recibidos en poder de las autoridades públicas (Convenio del Consejo de Europa, número 205, de 18 de junio, sobre el acceso a los documentos oficiales).

3. ÁMBITO SUBJETIVO, INFORMACIÓN, ACCESO Y TIPOS DE INFORMACIÓN PÚBLICA (LTBG)

Desde su gestación y desde la ley, específicamente en el preámbulo, se ha querido incrementar y reforzar la transparencia, garantizar el acceso a la información pública y establecer las obligaciones de un buen gobierno.

La LTBG fue impulsada por su anteproyecto difundido en el sitio www.leydetransparencia.gob.es acorde con el espíritu de la propia normativa de accesibilidad y transparencia. En esta web se permitía libremente a cualquier ciudadano participar de la misma enviando cualquier comentario, sugerencia o idea sobre el anteproyecto durante 15 días. La respuesta fue muy positiva y hubo aproximadamente 3.600 contribuciones al respecto (Cotino, 2014). Posteriormente, estas participaciones fueron sometidas a una comisión de expertos en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y, finalmente, se presentó el anteproyecto al Congreso de los Diputados.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información

Pública y Buen Gobierno, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 10 de diciembre de 2013. Conviene recordar que además de esta norma, está vigente el desarrollo normativo del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), siendo este Consejo el garante último del cumplimiento de la ley.

La ley se estructura en tres Títulos: “Transparencia de la Actividad Pública”, “Buen Gobierno” y “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”; consta de 40 artículos, además de las disposiciones adicionales y las finales.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley es muy amplio y ambicioso, porque incluye a sujetos diversos, que son: *di natura* de la Administración Pública; otros sujetos a Derecho Administrativo (La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo); empresas privadas que tengan una participación pública de más del 50%; y partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales que reciban subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos en el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o

subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

El listado de sujetos sobre los que pesa la obligación de transparencia, como vemos, es muy extenso, pero hemos de advertir que no todos ellos se encuentran obligados de la misma forma. Así, algunos –Administraciones públicas– están sujetos a la publicidad activa, lo que significa que deben publicar toda la información pública en sus páginas web, sin necesidad de requerimiento. Por el contrario, los partidos políticos, los sindicatos y las empresas privadas altamente subvencionadas, tendrán obligación de información activa en relación al dinero público y ciertos aspectos menores de funcionamiento y organigrama; y obligación pasiva respecto a todo lo demás, esto es, que no tienen obligación de publicarlo, aunque sí de facilitar la información si les es requerida.

La ley recoge las distintas formas de acceso a la información pública, cómo deben hacerse públicas, en qué lugar acceder a ellas y qué tipo de información está afectada por esta norma, de acuerdo con Cotino (2014).

En relación al cómo, la información debe publicarse de forma periódica y actualizada (artículo 5.1), de forma clara, estructurada y entendible para los interesados y en formato reutilizables (artículo 5.4). Además, su acceso debe ser fácil y gratuito (artículo 5.5) a través del Portal de la Transparencia (artículos 11 y 10).

Se menciona la manera de cómo se debe ofrecer la información pública a los ciudadanos y de qué manera éstos pueden reutilizarla para otro tipo de tratamientos e interpretaciones. Dicha información pública puede ser accesible en las webs de los organismos públicos obligados por la ley y en el Portal de la Transparencia (artículos 11 y 10).

La LTBG se refiere a información pública susceptible de ser publicada a todos: “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 LTBG). También debe publicarse la información institucional, organizativa y de planificación, la relativa a las funciones, normativa, estructura, organigrama, planes y programas, actividades, medios y tiempo para acometerlas, así como grado de cumplimiento y resultados (artículo 6). Así como las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos, anteproyectos de ley, etc. (artículo 7), la información económica, presupuestaria y estadística, -que es lo que nos interesa para nuestro estudio- (artículo 8).

Como por todos es sabido, los derechos no son nunca ilimitados, ni siquiera los fundamentales, por lo que es comprensible que el derecho a saber tampoco lo sea.

¹ Fundador de Wikileaks (diciembre 2006).

Hubo una corriente seguidora de los sueños de *Assange*⁽¹⁾ que pretendió hacernos creer que el derecho a saberlo todo debía estar por encima de los demás derechos en nuestro ordenamiento. Así pues, la ley limita el derecho al acceso a determinada información relativa a asuntos relacionados con la seguridad y los secretos del Estado, con procesos judiciales, procedimientos administrativos, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, intereses económicos y monetarios, secreto profesional y 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 y la protección de datos personales (artículos 14 y 15 LTBG).

Según Guichot (2014), esta lista es cerrada y dificulta ponderar, tanto la información limitada para cada caso particular, como identificar y separar la información a la que puede acceder por el principio de acceso parcial de aquella que no puede accederse por ley (artículo 16 LTBG). En nuestra opinión, se trata de una enumeración demasiado extensa y plagada de conceptos jurídicos indeterminados que dificultan el poder hacer realmente efectivo el derecho a saber. Pensemos que el derecho de acceso a la información pública, reconocido en nuestra Constitución, recogía tan sólo cuatro límites fácilmente comprensibles: la seguridad y defensa del Estado, la ave-

riguación de los delitos y la intimidad de las personas, mientras que la ley actual introduce otros muchos. Este hecho es sorprendente, dado que el objetivo de la norma es dar acceso al ciudadano a una mayor cantidad de información pública.

No cabe duda de que los límites son necesarios para evitar el abuso, pero hay que plantearse si dicha enumeración es lógica o excesiva, pues no podemos olvidar que los límites a los derechos no pueden ser tales que vacíen de contenido el derecho ni sean desproporcionados al fin que se persigue. El principio de proporcionalidad (Bernal Pulido, 2007) exige la comprobación de que las ventajas que se obtienen con la limitación en el derecho compensan los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Si no es así, o existe un medio menos gravoso para el derecho en cuestión con el que se consiga el mismo fin, se entenderá que no se cumple el requisito de proporcionalidad.

Dicho esto, consideramos que los límites que se imponen al derecho a saber en la Ley de Transparencia son excesivos. Creemos que no deberían haber ido más allá de lo establecidos en la propia Constitución, pues de este modo, parece que podrían darse situaciones en que sea más difícil acceder a una información determinada con la Ley de Transparencia que antes de que la hubiera. Es preciso construir un derecho real de los ciudadanos que encaje en el concepto de fundamental, y no un mero derecho administrativo derivado de una obligación de transparencia (Sánchez de Diego, 2017).

No obstante, poco a poco se va estableciendo un marco de aplicación e interpretación de los límites a este derecho. Para ello, está siendo inestimable la labor del CTBG, tanto como órgano encargado de resolver reclamaciones (a 1 de agosto de 2017 ya había emitido 3.749 resoluciones), como de organismo emisor de informes y recomendaciones, entre los que destaca, como pone de manifiesto el profesor Sánchez de Diego (2017), el criterio interpretativo 2/201562 adoptado conjuntamente con la Agencia Española de Protección de Datos Personales sobre aplicación de los límites al derecho de acceso a la información.

4. PORTAL DE LA TRANSPARENCIA

La ley prevé, para garantizar la transparencia, la creación de un Portal de Transparencia dependiente del Ministerio de la Presidencia, que permitirá a los ciudadanos acceder a la información de competencia de los sujetos activos (Trigo, 2016). No obstante, considera que aunque el propósito de la ley sea centralizar toda la información pública que en la actualidad está dispersa, esto se contradice, aparentemente, con el artículo 5.4 LTBG, que indica que cada Administración puede elegir este Portal u otro que garantice el acceso a la información de la que dispone. De hecho, la información sujeta a obligaciones de transparencia serán publicadas en “sedes electrónicas o páginas webs” (artículo 5.4). Esto dificulta que toda la información esté centralizada en un

Portal, dado que la misma ley permite que los sujetos obligados puedan difundirla en sus propios medios (portales de transparencia o sitios web de las Administraciones), siempre que sea accesible y en formatos reutilizables.

No obstante esta aparente contradicción, hemos de convenir que una de las mayores aportaciones de la ley es la introducción de la obligación de publicidad activa, pero no es suficiente con publicar información y datos. El fin que persigue esta nueva legislación es articular el ejercicio efectivo del derecho de los ciudadanos a saber. Esto implica que la información debería poder encontrarse en todos los lugares en que el ciudadano pudiera ir a buscarla y no sólo eso, sino que además, el acceso deber poder ser llevado fácilmente a cabo “por todas las personas, independientemente de las discapacidades (físicas, intelectuales o técnicas) que puedan presentar o de las que se deriven del contexto de uso (tecnológicas o ambientales)”².

5. CONTROL Y GARANTÍAS SANCIONADORAS

El control del cumplimiento de la LTBG, que los organismos y entidades obligados deben observar, es competencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

(artículo 34). Este es un organismo público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (artículo 33). Tiene por finalidad promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno (artículo 34). El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno dictará resoluciones si hay incumplimientos e iniciará las actuaciones disciplinarias correspondientes (artículo 9.1. y 9.2). De hecho, el incumplimiento reiterado de los sujetos obligados por la ley puede suponer una infracción grave (artículo 9.3). Sin embargo, en este punto la ley no indica qué garantías sancionadoras específicas hay al respecto y la doctrina en este punto coincide con la crítica a la ley que Gómez de la Serna (2013) expresa cuando afirma que la ley no dispone de garantías sancionadoras por los posibles incumplimientos de la misma.

Por su parte, Cotino (2014), reitera que no hay infracciones ni sanciones vinculadas con la transparencia y con el acceso a la información. Solamente se indica en el artículo 9.3 LTBG incumplimiento reiterado de las obligaciones de la publicidad activa y en el artículo 20.6 se dispone que “tendrá

² <http://transparencia.madrid.es/portales/transparencia/es/Accesibilidad?vg/nextfmt=default&vgnextchannel=fa-c8508929a56510VgnVCM1000008a4a900aRCRD 10/09/2017>

la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”. Sin embargo, la ley no expresa cuál es la “regulación de tal infracción para que pudiera ser sancionada” (Cotino, 2014). Según este autor, podríamos remitirnos a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en lo referido al régimen sancionador del personal para la Administración Central, pero queda en manos de las Comunidades Autónomas y entes locales el resto de sanciones, si bien es cierto que “no parece que tengan voluntad de llevarlo a cabo” (Cotino, 2014).

En la misma línea, Guichot (2014), afirma que la LTBG está desprovista de un mecanismo sancionador, tal y como indicaba Cotino, y por lo tanto, dependerá la normativa autonómica en muchos casos. De hecho, “la mayoría de las Comunidades Autónomas han optado por la atribución de la capacidad de resolución de estas reclamaciones a organismos autonómicos, tanto de nueva creación como organismos existentes” (Sierra, 2017).

Consecuentemente, se plantean una serie de dudas que la ley no soluciona, como son: “¿un simple incumplimiento constituye una infracción leve y una reiteración una infracción grave; sólo se sancionan los segundos?; ¿corresponde al CTBG instar el ejercicio de la potestad disciplinaria o ejercerla?; ¿cómo se sanciona los incumplimientos de la publicidad activa cuando son imputables a altos cargos no sometidos

al régimen disciplinario funcional, al no haberse introducido un tipo de infractor en el Título dedicado al buen gobierno?” (Guichot, 2014, p.104). En este sentido, la ley no sólo se queda coja, sino incompleta en su afán de ser centralizadora. Esto puede suponer que se convierta en una ley ineficaz.

6. PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR INFORMACIÓN Y RECURSOS

En cuanto al procedimiento para solicitar información y recursos que no estén incluidos en el Portal de la Transparencia, cualquier persona puede iniciar el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública (artículo 17.1 LTBG). El solicitante se dirigirá al órgano administrativo que posea la información; con el fin de dar respuesta a estas peticiones, las Administraciones implementarán un sistema para integrar la gestión de las solicitudes de información (artículo 21.1 LTBG). El solicitante no está obligado a motivar su solicitud, pero podrá indicar los motivos por los que lo solicita (artículo 17.3 LTBG), aunque sí debe hacer constar su identidad, qué información solicita y su dirección de contacto, preferiblemente electrónica, a efectos de comunicaciones; así como la modalidad en la que quiera acceder a ella.

Se ha discutido el hecho de que se exija identificarse para poder solicitar una in-

formación, desde la perspectiva de que esa exigencia desincentive a ciertos sujetos (Tejedor, 2017). No obstante, por el momento, la identificación es obligatoria.

El solicitante que no obtenga la información solicitada podrá impugnar tal hecho mediante un recurso administrativo o judicial. Las causas pueden ser el silencio (negativo) de la Administración, porque la resolución sea denegatoria, porque el acceso sólo sea parcial o porque haya un tercero que se oponga a la resolución que facilite la información sobre él. Se puede interponer un recurso administrativo en el plazo de un mes ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado (artículo 24 LTBG), cuyo plazo máximo para ser resuelto es de tres meses. Asimismo, podrá también interponer un recurso judicial (Cotino, 2014). Se cuestiona el plazo tan ajustado que marca la ley por ser casi “abusivo” por parte de la Administración.

7. MIRADAS CRÍTICAS SOBRE LA LEY

La vigencia de la LTBG ha sido una apuesta necesaria que mejora mucho la situación anterior, como pone de manifiesto Cotino (2014), aunque ha sido duramente criticada por ser una ley de mínimos en cuanto a la publicidad activa (artículo 5.2 LTBG), dado que sólo recoge obligaciones que previsiblemente serán ampliadas en normas

autonómicas o en normas sectoriales que se aprueben en un futuro (Ares, 2014).

Además, **es necesaria una concienciación social por parte de la sociedad civil, y de los sectores políticos y económicos interesados, para exigir la transparencia y que se exija como un derecho fundamental. Una concienciación que pasa por una necesaria formación en transparencia desde edades tempranas.** En una ponencia pronunciada por el embajador de Suecia en España, Lars-Hjalmar Wide, durante el II Congreso Internacional de Transparencia (29/09/2017), explicaba que en su país, la transparencia está en el ADN de todos los ciudadanos (allí la Ley de Transparencia ha cumplido ya 250 años). Hizo una pequeña prueba: buscó la palabra transparencia en español y en sueco. En los portales suecos, las primeras páginas que aparecían se referían a cristales o cosas semejantes, mientras que en las páginas en español, los enlaces llevaban a portales de transparencia, definiciones y otros del estilo. Allí no tienen las mismas preocupaciones que nosotros en relación a este derecho, porque como ya hemos dicho, en Suecia ya está en su ADN. Algo a lo que debemos tender.

Por otra parte, se debe corregir el hecho de que sea una ley desflecada, dado que deja abiertas muchas ventanas que han favorecido la proliferación de críticas. Así, por ejemplo, Cotino (2014), considera que se debería exigir una mayor cantidad de contenidos de información activa y determinar expresamente las garantías de la ley; regular el acceso a la información

como derecho fundamental; excesivas las “excepciones” al acceso a la información; limitar la numerosa información pública que se excluye por la vía de la inadmisión; evitar el doble silencio negativo frente a los ciudadanos que solicitan el acceso; mejorar la reclamación administrativa frente a denegaciones porque puede que no sea ágil ni rápida; determinar las garantías sancionadoras por los incumplimientos de la ley respecto de la transparencia, entre otras.

Por estos motivos, la doctrina en términos generales, exige que haya una mejor precisión de la ley en estos puntos, evitando que al final haya un sistema de transparencia diferente en cada Comunidad Autónoma, pues esta situación no supondría una mejora de las debilidades y limitaciones de la ley estatal. Tal y como apunta Cotino (2014): “si no se da este activismo y práctica, la transparencia volverá al reducido ámbito de interés anterior y de poco valdrá el largo camino hasta el reconocimiento de su carácter fundamental” (p. 256). Porque en otro caso, como apunta Sánchez de Diego (2014), “parece que de nuevo nos encontramos ante una carrera para ser más transparentes, al menos en apariencia” (p. 17). Debemos evitar que sea una mera apariencia y potenciar que sea lo más real posible, concretándose al máximo todos sus puntos. Por tanto, **sería necesario establecer una tipificación de las sanciones en función del incumplimiento de transparencia y publicidad activa del que se trate en cada caso, el ajuste de los**

tiempos de respuesta a las peticiones de información, la aclaración de la información sujeta a limitación de acceso, la centralización real de la información a través del Portal de la Transparencia, re-dirigiendo cuando sea el caso al sitio web o sedes electrónicas de cada una de las administraciones y, por último, el listado completo de sujetos obligados a transparencia y publicidad activa, según las distintas formas que recoge la LTBG.

8. CONCLUSIÓN FINAL

A pesar de las críticas que recibe la ley, hemos de admitir que se trata de un gran avance en favor del derecho a saber de los ciudadanos. No obstante, hay que seguir trabajando con el fin de superar los principales puntos débiles de la ley vigente y que se han ido apuntando a lo largo del trabajo. Concienciación e interiorización de la necesidad de transparencia, creación de “autoridades de control independientes de derecho y de hecho” (Guichot, 2016, p.103), la necesidad de destinar suficientes recursos materiales y personales para hacer efectivo el derecho a saber. Como siguiente paso, sería deseable que España ratificara el Convenio 205 del Consejo de Europa (aprobado el 18 de junio de 2009 en Tromsø), sobre el Acceso a Documentos Públicos, y asuma los compromisos derivados de dicho texto internacional, como apunta Sánchez de Diego (2017).

REFERENCIAS

Ares, Valle. (2014). Los ámbitos subjetivos y objetivos de la transparencia de las actividad pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, p.1-27.

Ayala, R. y Fernández, R. (2015). *Participación ciudadana en las leyes de transparencia de las Comunidades Autónomas*. En Cotino, Sahuquillo y Corredoira (eds.). El Paradigma del Gobierno abierto: retos y oportunidades. Madrid: Universidad Complutense.

Barnés, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, p.15-49.

Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Boix, A. (2015). *Transparencia, participación y procedimiento en la elaboración de disposiciones reglamentarias para un modelo de open government*. En Cotino, Sahuquillo y Corredoira (eds). El Paradigma del Gobierno abierto: Retos y oportunidades. Madrid: Universidad Complutense. Descargado el 24 de noviembre de 2017 desde: http://eprints.ucm.es/35859/1/El_Paradigma_del_Gobierno..-Loreto%20Corredoira.pdf

Consejo de Europa (2009). Convenio del Consejo de Europa, núm. 205, sobre el acceso a los documentos oficiales. Traducción de

Sánchez, Darbishire y Anderica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 9 de septiembre de 2006. Descargado el 29 de marzo de 2017 desde http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

Chinchilla, C. (1988). *La radiotelevisión como servicio público esencial*. Madrid: Tecnos.

Cotino, L. (2014). La nueva ley de transparencia y acceso a la información. *Anuario Facultad de Derecho 7*, p. 241-256.

Cotino, L. (2015). *Derechos humanos, Internet y TICs*. En Rey (dir). Los derechos humanos en España, un balance crítico. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Delgado, F., López, F., y Sierra, J. (2015). Regulación y Sistemas de Evaluación de la Transparencia. *Revista de Derecho de la Hacienda Pública* (5), p.114-134.

Fernández, S. (2012). Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno. *Actualidad administrativa* (12), p.1457-1485.

Nicandro, C. (2013). *Mecanismo de Revisión independiente: España Informe de Avance 2012-13*. Descargado el 29 de marzo de 2017 desde http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Spain_2014-15_IRM.pdf

Gobierno de España (2015). *Informe de*

Autoevaluación del II Plan de Acción de España 2014 – 2016 de La Alianza para el Gobierno Abierto. Descargado el 29 de marzo de 2017 desde <http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/AUTOEVALUACION-II%20PLAN%20NACIONAL-OGP.pdf>

Gobierno de España (2016). *Informe final de autoevaluación del II Plan de Acción de España 2014-2016 de La Alianza para el Gobierno Abierto*. Descargado el 29 de marzo de 2017 desde http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7b04a1b2-7b43-4c68-a045-26971aec3789/2016_Spain_Autoeval_Final_Plan_II_OGP_Pub.pdf

Gómez, P. (2013). La Ley de transparencia. Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y la responsabilidad en la acción pública. *Participación educativa* 2(3), p.35-44.

Guichot, E. (2011). *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*. Documento de trabajo 170/2011. Madrid: Fundación Alternativas.

Guichot, E. (2014). La nueva ley de transparencia, un reto para la gestión de las organizaciones públicas. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* (6), p.94-107.

Guichot, E. (2016), Reflexiones acerca de la aplicación de la nueva normativa sobre transparencia pública. *Revista Andaluza de Administración Pública* (94), p. 89-106.

Olmedo, M. (2014). *La Ley 10/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno*. Diario La Ley, 8237.

Obama, B. (2009). Memorandum on Transparency and Open Government. Descargado el 29 de marzo de 2017 desde: <https://www.archives.gov/files/cui/documents/2009-WH-memo-on-transparency-and-open-government.pdf>

Rey, F. (2014). Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. *Revista Jurídica de Castilla y León* (43).

Rollnet, G. (2015). *A la ley de transparencia y el derecho de acceso: la discusión doctrinal y parlamentaria en torno a su naturaleza de Derecho Fundamental*. En Cotino, Sahuquillo y Corredoira (eds). El Paradigma del Gobierno abierto: retos y oportunidades. Madrid: Universidad Complutense.

Sánchez de Diego, M. (2013). *Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública*. En Corredoira y Cotino (eds.). Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Sánchez de Diego, M. (2014). El «día después» de la ley de transparencia. *Revista Jurídica de Castilla y León* (33), p.1-27.

Sánchez de Diego, M. (2015). *Derecho a la información e información de tribunales*. Los secretos oficiales. En Ben y Corredoira (dirs.). Derecho de la información. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sánchez de Diego, M. (2017). *Visiones actuales de la transparencia*. Madrid: Universidad Complutense y Acredita.

Sierra, J. (2017). Modelos de Organismos de Garantía de la Transparencia en las Comunidades Autónomas. *Revista Española de la Transparencia* (4), p.87-97.

Tejedor, L. (2017). *Visiones actuales de la transparencia* en Sánchez de Diego

(coord.), *Visiones actuales de la transparencia*. Madrid: Universidad Complutense y Acredita.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2013). *Caso Youth Initiative for Human Rights contra Serbia*. Sentencia de 25 junio 2013 TEDH\2013\61.

Trigo, A. (2016). *El modelo organizativo diseñado en la ley de transparencia y contenidos del portal de transparencia y contenidos del portal de la transparencia del gobierno de España*. En Rodríguez-Arana, Vivancos y Ahedo (coords.): *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi.