



## Recensión

### ***La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica***

Isabel Wences, Mario Kölling y Sabrina Ragone (coords.)

(2014), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 212 pp.

**Gabriel Moreno González**

*Universitat de València*

[gabriel\\_morenogonzalez@hotmail.com](mailto:gabriel_morenogonzalez@hotmail.com)

De la ingente y rica obra que nos ha legado Norberto Bobbio se desprende el pesimismo antropológico que caracterizó siempre su concepción de la realidad, a la que no dudaba en denominar “tosca materia”, y que pivotaba en torno a una visión apriorísticamente negativa del hombre, en tanto ser *violento, pasional y mentiroso*. De ahí que la construcción bobbiana intente paliar estos tres defectos connaturales al ser humano a través de su ya célebre lema *paz, derechos y democracia*. Paz frente a la violencia, derechos frente a las pasiones individuales y democracia frente a la mentira. Pero, ¿por qué esta última relación? ¿Acaso es la democracia el bálsamo de los ataques a la verdad? Pues bien, para Bobbio, una de las dimensiones de la democracia es la del “gobierno público en público”, donde las acciones de los gobernantes y de la Administración que les sigue se presenten cristalinas a la luz de la opinión pública. Sin transparencia ningún control del poder es posible, y es precisamente el control del poder la clave de bóveda de toda la tradición del constitucionalismo y del liberalismo decimonónico, de los que en buena medida se nutren nuestras realidades políticas. Como apunta Isabel Wences en la primera parte del libro que aquí recensamos, los *arcana imperii*, los secretos de Estado y del Estado, han constituido siempre a lo largo de la historia el muro que impedía el conocimiento de lo público y la creación de una ciudadanía activa que impulsara la instauración de un régimen democrático de libertades.

En España, hasta la reciente aprobación de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (LTBG, en adelante), la falta de una regulación integral que proporcionara los instrumentos necesarios para el conocimiento del manejo del poder, y por tanto, para su control, contribuía a profundizar aún más en la desafección y el descontento de los ciudadanos para con sus gobernantes, en medio de una crisis económica e institucional sin precedentes. Aunque, si bien es cierto que la Ley no parte de la nada, pues ya existían regulaciones sectoriales que venían a colmar los mandatos constitucionales, su ausencia justificaba una crítica permanente por parte de la doctrina y de la sociedad civil, al ser España el único gran país europeo sin contar con una Ley específica sobre la materia. A pesar, no obstante, de su aprobación y

entrada en vigor (escalonada), la LTBG adolece de múltiples imperfecciones y puntos críticos que pueden mejorarse y superarse. A este objetivo se dirigen las rigurosas aportaciones académicas efectuadas en esta obra por autores y autoras provenientes de la Ciencia Política, el Derecho y la Economía, contribuciones que podrían llegar a ser en un futuro no muy lejano, por qué no, verdaderas consideraciones de *lege ferenda* a tomar en cuenta por el legislador.

La obra se divide en cuatro secciones, siguiendo con ello el propio esquema de la Ley objeto de estudio. En la primera sección se analiza tanto la publicidad activa como la pasiva (derecho de acceso a la información pública), así como los defectos y virtudes del ejercicio del derecho de acceso y su régimen de impugnaciones. En la segunda parte se aborda el entramado de infracciones y sanciones que ha supuesto el tratamiento en la Ley del concepto de “buen gobierno”, analizando la tercera sección el órgano que ha de velar porque tales previsiones se cumplan: el Consejo de Transparencia. Por último, el libro se cierra con un profundo estudio de las repercusiones que la Ley va a producir en los entes territoriales subestatales, tanto en las Comunidades Autónomas como en las entidades municipales, cuestión ésta de especial relevancia por las siempre complicadas relaciones de nuestro, ya de por sí, complejo Estado de las Autonomías.

Manuel Villoria comienza el estudio de la Ley llevando a cabo un análisis pormenorizado de las previsiones de la LTBG en cuanto a la publicidad activa. Los puntos criticados y destacados se refieren, en general, al amplio marco de obligaciones que la Ley establece. La *información institucional, organizativa y de planificación* de cada Administración es una de las exigencias de publicación previstas, a pesar de que muchos de los términos y conceptos que la LTBG utiliza, como el de *órgano*, sea excesivamente indeterminado. No está muy claro qué hemos de entender por órgano y hasta dónde ha de llegar la obligación de identificar a los responsables del mismo, algo que, además, puede colisionar con el derecho de protección de datos personales. Asimismo, la Ley no concreta cuáles han de ser las exigencias específicas de publicación de los perfiles profesionales de quienes dirigen los distintos órganos, dejándolas en la discrecionalidad del puro voluntarismo. Además, Villoria critica con fundamento el hecho de que no se recoja la obligación de hacer públicas las agendas de diputados y senadores, con lo que la “huella legislativa” se vuelve opaca y susceptible de permeabilidad ante los lobbies. Por su parte, también hubiera sido conveniente incorporar a las previsiones en materia de publicidad activa los planes e indicadores de calidad, las cartas de servicios y las autoevaluaciones internas, lo que hubiera mejorado aún más la política de *open data* y de acercamiento al ciudadano que se pretende.

En cuanto a la publicación de información de relevancia jurídica, como la de anteproyectos de Ley, la LTBG y, en general, todo nuestro andamiaje institucional, se olvida de que precisamente la transparencia en esta materia suele ser instrumental a un objetivo: democratizar la elaboración de las normas permitiendo que la voz de los ciudadanos afectados se escuche.

A pesar de todo ello, el autor indica que una de las mayores virtudes de la LGTB es la obligación que incorpora de publicar todos los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, tengan que ser sometidos a un periodo de información pública, como ocurre muy especialmente con los procedimientos ambientales y urbanísticos; dos ámbitos éstos que constituyen los focos más relevantes de la corrupción en España, con lo que la llegada a ellos de mayor transparencia puede conllevar una mejor prevención de prácticas ilegales.

En lo referente a la información *económica, presupuestaria y estadística*, las novedades de la Ley, cuando no se limita únicamente a la remisión normativa, son bienvenidas en aras, de nuevo, de una mayor prevención y lucha contra la corrupción. Al extenderse la obligación de publicación a contratos menores, y ampliarse tal exigencia a toda la información que los rodea, se mejoran las posibilidades de conocer los fraudes en los fraccionamientos de contratos. No obstante, hubiera sido recomendable que, en este mismo sentido, también se incluyeran las actas, las variaciones de precio o de plazos y todos los documentos dimanantes de las comisiones de contratación, tal y como proponía el Consejo de Estado. De este modo, se hubiera facilitado el descubrimiento de conflictos de interés y de contratos teledirigidos o amañados, prácticas que lastran la contratación pública española.

Por su parte, en cuanto a las sanciones en caso de incumplimiento, la reflexión que lleva a cabo el autor muestra un profundo pesimismo. Aparte de una tipificación ambigua, excesivamente indefinida e indeterminada, el artículo que contiene la posibilidad de sanción cuando se incumplan las obligaciones de publicación activa no posee el carácter de básico, por lo que se deja al albur de cada Autonomía la posibilidad de establecer, o no, sanciones para sus propias administraciones. Para la Administración General del Estado, sin embargo, el control es más exhaustivo, pues se habilita al Consejo de Transparencia para que pueda abrir procedimientos disciplinarios en caso de reiterado incumplimiento, a pesar de la indefinición que también rodea a este último concepto, pues... ¿qué se ha de entender por reiteración? De nuevo la práctica del Consejo será la que complete y estructure esta ambigüedad normativa, y de ella dependerá, en consecuencia, el éxito o el fracaso de tales previsiones.

Por último, Villoria pone en evidencia, en lo referente a las sanciones que podrían ir destinadas a los partidos políticos, sujetos que entran dentro del ámbito de aplicación de las previsiones de publicidad activa, la abrumadora falta de contundencia de la LTBG. La Ley Orgánica de Financiación sólo habla de infracciones graves, y el incumplimiento de las exigencias de transparencia por parte de los partidos no lo es, por lo que la regulación queda exactamente igual, y más habida cuenta de la, esta sí, reiterada falta de disposición del legislador a la hora de otorgar poderes sancionadores al Tribunal de Cuentas. Ante esta ausencia de reprobación jurídica, sólo queda la reprobación social...aunque ésta no responda siempre, y menos mal, a criterios legales.

El derecho de acceso a la información pública, o publicidad pasiva, se yergue en uno de los puntos más destacables de la nueva regulación, como indica en su aportación José Luis Piñar. Aunque la LTBG incorpora importantes novedades positivas frente al infructuoso y disperso régimen de acceso anterior, como la ampliación del ámbito subjetivo (*todos*, no sólo los ciudadanos o los administrados), y objetivo (*la información pública*, concepto más amplio que el anterior de documentos), el principal defecto que se le puede reprochar, siguiendo al autor, es de tal magnitud que hace de esta Ley una norma poco avanzada y nada atrevida. Nos referimos a la elección de la base constitucional que da soporte al derecho y, en consecuencia, a su naturaleza jurídica. El legislador ha decidido, en contra de lo que opinaba buena parte de la doctrina y de la oposición parlamentaria, seguir anclando el derecho de acceso a lo previsto en materia de documentos administrativos en el artículo 105 b) de la Constitución, lejos del catálogo de derechos fundamentales que nuestra Carta Magna consagra. Y es que una decisión en contrario hubiera sido perfectamente asumible en Derecho, dado que el artículo 20 (derecho a la información), junto a la interpretación extensiva que en la materia se ha llevado a cabo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (desde el



PIDCP al CEDH), vertida en nuestro ordenamiento constitucional ex 10.2 CE, hubiera posibilitado sin problemas la consideración del de acceso como derecho fundamental. Ello no sólo hubiera reportado más carga simbólica a las novedades de la Ley, sino también mayor seguridad y consolidación jurídica al tener que convertirse ésta en Orgánica y al estar amparado el derecho de acceso por el Tribunal Constitucional.

Sea como fuere, la decisión última del legislador ha sido la de no dotar de naturaleza fundamental al derecho y seguir anclándolo en el artículo 105 b), que queda incluso desfasado para la propia LGTB al ampliar ésta tanto la titularidad como el contenido del derecho constitucional (no fundamental).

Otro de los temas más controvertidos de la Ley fue y es el tratamiento jurídico que se brinda a los límites. La información pública puede contener elementos que ataquen el derecho a la intimidad, el honor o la protección de datos, o incluso valores colectivos como la seguridad nacional...sí, pero esta necesaria prudencia no puede vaciar de contenido el propio derecho que se pretende garantizar. La LTBG se muestra excesivamente prolija en la enunciación de límites (hasta 12), algunos de los cuales son sumamente indeterminados, con lo que ello puede conllevar en la discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder, o no, las solicitudes que se presenten. Amplitud e indefinición de los límites que se intentan paliar con la justificación y proporcionalidad de su aplicación en las denegaciones o admisiones parciales (previa disociación de los datos controvertidos), pero que siguen arrojando serias dudas sobre la precisión y acierto del legislador en esta materia. Además, al catálogo de límites del artículo 14 hay que sumarle el que viene determinado en el artículo 15, referente a la protección de datos, y su también controvertida aplicación, que tendrá que llevar a cabo el Consejo de Transparencia, entrando con ello en conflicto, o al menos en competencia, con otro organismo específico como es la Agencia de Protección de Datos.

Emilio Guichot, por su parte, lleva a cabo un completo y pormenorizado análisis de la regulación del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, apuntando sus puntos más señalados y críticos de acuerdo con la más autorizada doctrina. Así, se pone en evidencia la imposibilidad de llevar a cabo solicitudes de acceso anónimas, pues la Ley exige la identificación del solicitante, desdeñando con ello la posibilidad de anonimato que sí acogen el Convenio Europeo de Acceso a los Documentos Públicos y numerosas previsiones en el derecho comparado.

Sobre las causas de inadmisión, se critica además, y con contundencia, la inadmisión de plano de las informaciones que tengan carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, conceptos todos ellos excesivamente amplios e indeterminados, sin una definición concreta en el ordenamiento, que pueden dar lugar a abusos en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Asimismo, se llama la atención sobre la posibilidad de inadmisión de aquellas solicitudes que tengan por objeto información que ha de ser, previamente, reelaborada. De nuevo la amplitud del concepto pone de relieve la importancia del Consejo de Transparencia, y de todo el acervo que vaya elaborando con el paso del tiempo, en la concreción de las disposiciones de la LTBG.

Por último, se hace mención a las virtudes de la LTBG en cuanto a la unificación competencial de la jurisdicción contenciosa-administrativo y la coherencia que ello conlleva, así como a la previsión de crear unidades de

información *ad hoc* en las Administraciones Públicas que sean las que canalicen, filtren, seleccionen y otorguen la información solicitada por los particulares.

Manuel Arenilla abre la segunda sección del libro, dedicada al “Buen Gobierno”, con unas interesantes reflexiones sobre lo que éste supone de novedoso en el Derecho comparado (y en las distintas familias jurídicas), y en nuestro ordenamiento. De hecho, la ya sola existencia de su regulación dentro de una Ley de Transparencia supone una importante novedad, pues ello se da al contrario de lo que ocurre en buena parte de los ordenamientos más cercanos. Conceptos como “gobierno abierto” o “gobierno electrónico”, junto a mayores cuotas de participación/responsabilidad de la ciudadanía en la Administración, vertebran la idea doctrinal de “Buen Gobierno”, pero no así la idea que ha pretendido verter el legislador en la actual regulación. Y es que, como se señala en no pocas ocasiones a lo largo del libro, la Ley parece reducir el “Buen Gobierno” a un cúmulo inconexo de infracciones y sanciones, como si solo se tratase de una materia disciplinaria y de corrección de comportamientos ilícitos o poco éticos, y no de una verdadera y novedosa cultura administrativa que tenga por objeto la rendición de cuentas ante el ciudadano.

Si bien la regulación se inaugura con una serie de principios amplios de Buen Gobierno, la LTBG los convierte, acto seguido, en meros criterios interpretativos e informadores de las infracciones que ella misma despliega en los siguientes artículos, infracciones que, además, y no precisamente de forma anecdótica, suelen ser una traslación casi automática de lo que ya disponen otras normas sectoriales, aunque en esta ocasión aplicables al personal de nombramiento político, los altos cargos, cuya naturaleza se predica de otra lógica bien diferente.

Un amplio catálogo de infracciones, como decimos junto a Arenilla, es el que dota de contenido al Título II, sin aportar grandes novedades en cuanto a normativa de conflicto de intereses, infracciones disciplinarias y económico-presupuestarias. No obstante, sobre estas últimas se introducen los objetivos de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, trasladando con ello al Buen Gobierno las previsiones en materia económica de la reforma constitucional del art. 135.

Así las cosas, no es de extrañar que Antonio Descalzo apunte a la constricción del concepto de Buen Gobierno que lleva a cabo la LTBG, reducido aquí a un mero derecho administrativo sancionador que, si obviamos las novedosas referencias a la estabilidad presupuestaria, no presenta grandes innovaciones respecto a la anterior regulación.

Además, no resulta comprensible que, tratándose los sujetos afectados por esta “nueva” regulación de cargos públicos de libre nombramiento, la mayor sanción que se prevea sea la de su destitución, cuando pueden ser en todo momento removidos libremente por sus superiores jerárquicos y políticos (principio de *contrarius actus*). Una sanción que pretende ser jurídica, pero que puede resolverse mediante una decisión de conveniencia política, pierde cualquier entidad. Se dirá entonces que lo que sí tiene virtualidad sancionadora es la prohibición, caso de sanción, de ocupar puesto alguno de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años. Pero, de nuevo, dicha previsión carece de efectividad si no se reforma a su vez la LOREG, competente en dicho ámbito y que no puede verse reformulada por una ley ordinaria como es la LTBG.

Como apunta Fernando Jiménez, todas las previsiones vistas anteriormente pueden perder consistencia y efectividad si no se les dota de las debidas garantías,



y no sólo jurisdiccionales. Por ello, la Ley regula la creación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), como organismo autónomo que vela por el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad activa, por la salvaguarda del ejercicio del derecho de acceso y por la observancia de las normas (de las sanciones, más bien) de “Buen gobierno”. Es el verdadero guardián, por tanto, de la LTBG.

Como toda institución, buena parte de su éxito o fracaso depende en gran medida del diseño legal que revista, y en este sentido, el CTBG adolece de algunas incoherencias o defectos notables. Así, se otorgan poderes excesivamente amplios al Presidente, dejando a la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, órgano colegiado en el que participan multitud de administraciones independientes, un papel de mero asesoramiento y recomendación. El Presidente es así la pieza clave de la institución, por lo que su independencia ha de ser fundamental de cara al recto cumplimiento de los fines a que está encomendada. Sin embargo, la forma de su elección no responde con exactitud a una adecuada garantía de independencia, pues aunque necesita de la mayoría absoluta de una Comisión del Congreso, es elegido por el Gobierno y propuesto por el Ministro de Hacienda, persona que se guarda para sí, de este modo, una plena discrecionalidad de propuesta, solo atenuada por la exigencia que la Ley impone de que el candidato sea alguien de reconocido prestigio y competencia profesional; conceptos ambos que, como hemos podido comprobar en los últimos años con algunos candidatos al Tribunal Constitucional, son más que maleables.

Isabel Giménez abre la última sección del libro, dedicada a cómo afecta la ley a los entes territoriales, abordando la complejidad de las relaciones que ahora se inauguran en materia de transparencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Siguiendo su planteamiento, la profundidad de muchas de las medidas previstas puede cuestionar de manera directa el principio de autonomía constitucionalmente garantizado, especialmente en lo que se refiere al régimen de infracciones y sanciones en materia de Buen Gobierno, régimen que, sin revestir naturaleza de Ley Orgánica, supone una nueva ampliación del espectro del artículo 135 CE sobre las Comunidades Autónomas. A ello hemos de sumarle la crítica de la falta de justificación del título competencial (DF 8ª), que parece de nuevo abusar de las disposiciones transversales del art 149 CE, sin especificar con exactitud el margen de maniobra que se deja a las CCAA.

Por su parte, en cuanto a las entidades locales, Lizcano Álvarez lleva a cabo un análisis completo y profundo del panorama local en España, y cómo se ve éste afectado por las disposiciones de la LTBG que, no obstante, otorga a los entes locales un plazo máximo de dos años para adaptarse a las nuevas obligaciones.

A pesar de los múltiples defectos e imperfecciones que presenta la Ley, y que han sido aquí expuestos con una necesaria y siempre excesiva brevedad, la aprobación de la LTBG puede suponer la llegada a nuestro país del inicio de una verdadera cultura de la transparencia, tan necesitada en estos momentos de crisis institucional y desafección ciudadana. El amplio, completo y riguroso análisis que se lleva a cabo en las páginas de la obra recensionada, resaltando los puntos críticos y los defectos de la ley, puede servir para profundizar aún más, cuando llegue el momento, en la regeneración democrática a que necesariamente ha de verse abocado nuestro sistema constitucional.