

■ **EL CONSULTOR**  
DE LOS AYUNTAMIENTOS

# Transparencia y acceso a la información en el sector público

*Manuel  
Palomares  
Herrera*



# Transparencia y acceso a la información en el sector público

*Manuel Palomares Herrera*

© Manuel Palomares Herrera, 2018  
© Wolters Kluwer España, S.A.

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
**Tel:** 902 250 500 – Fax: 902 250 502  
**e-mail:** clientes@wolterskluwer.com  
<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** Noviembre 2018

**Depósito Legal:** M-36131-2018  
**ISBN versión impresa:** 978-84-7052-791-3  
**ISBN versión electrónica:** 978-84-7052-792-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.  
*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

de lleno al Estado del que nace el Poder Judicial, que es el que fiscaliza la información que permite aclarar o prevenir una violación de derechos humanos, y por ende es quien puede ocultarla, reservarla, manipularla o destruirla, sin que las víctimas puedan ejercer sus legítimos derechos en procedimientos judiciales.

Además, es justamente el Estado quien tiene la obligación de proteger a los individuos de su jurisdicción en el uso y disfrute de sus derechos humanos con lo que se hace imprescindible un DDFF de acceso a la información pública que permita a las víctimas, ejercer el «*derecho a saber o el derecho a la verdad*» en un plano de mínima igualdad (ROMERO SILVERA, 2010, p. 170).

En definitiva, el derecho a la verdad y el de acceder y recibir información pública son dos aspectos de una misma obligación y ambos tienen su fundamento en el desarrollo de la etapa del iusfundamentalismo del acceso. En este criterio ha sido sensible la Comisión Interamericana al afirmar que «*Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro*».<sup>(12)</sup>

### IV.3.3. Nueva argumentación pro derecho fundamental

A modo de introducción, señalar que ARANDA ÁLVAREZ (2013) defendía que «*La transparencia, la probidad y el buen gobierno son pautas de actuación pública que cada día adquieren más importancia para el desarrollo de los países, el fortalecimiento de la democracia y las relaciones internacionales en general*» (p. 215). Por ello es esencial destacar la importancia de defender el derecho de acceso como derecho fundamental y ofrecer nueva munición jurídica.

En este planto, la defensa de la naturaleza de un derecho de acceso como derecho fundamental se hace desde dos posiciones, la primera desde la vinculación a otros DDFF existentes en la CE como hemos desarrollado en el anterior epígrafe y la segunda por sí mismo como derecho autónomo. En este apartado se pretenden consolidar posiciones, abrir nuevos argumentos y plantear que nuestro modelo permite la creación o rediseño de nuevos derechos sin tener que aludir a la interpretación de otros preceptos. Muchos negacionistas se han escudado en que el art. 10.2 CE no permite crear nuevos DDFF. Es cierto, pero sí se permite interpretarlos, por lo que en la posición por conexión se puede y debe interpretar cuál es el alcance del art. 20 CE respecto al acceso, no de crear un derecho de la nada conectándolo con el art. 23 CE y la participación ciudadana, que también.

Al hilo de esta cuestión CARAZO LIÉBANA (2004, p. 4) reflexiona sobre la implicación o vinculación de la Carta Social Europea, como continente de nor-

(12) OEA, CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986, Capítulo V. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/85.86span/Indice.htm>

mas pro acceso, al art. 10.2 CE. Esta disposición fue ratificada y publicada oficialmente en España y cumple con una serie de funciones en relación a los DDFF por ser tanto «*parámetro interpretativo*» alegable ante la judicatura como generador de principios. Igualmente destaca la autora el peso que el TC concede a la Carta Social Europea en sus resoluciones pues se ha servido de ella a nivel interpretativo [STC 145/1991 (BOE 22 de julio de 1991)] (p. 5).

Si atendemos por otro lado al tratamiento del derecho de acceso como derecho fundamental, a pesar de la discusión y según MENDEL (2003, pp. 43 y ss.), parece ser que ofrece la conformidad y el beneplácito de los grandes de la doctrina a favor de su naturaleza fundamental. Por esta razón se podría haber realizado mediante Ley Orgánica de la misma forma que se hizo con el derecho fundamental a la Protección de los datos de Carácter personal que tampoco aparece explícitamente entre los DDFF y se aprobó a partir del párrafo 4º del art. 18 CE con lo que a los negacionistas del iusfundamentalismo se les refuta la imposibilidad al haberse visto que sí que es posible.

La evolución social exige que las respuestas jurídicas se adapten a las necesidades de una sociedad en constante cambio por lo que la legislación puede dar lugar a la aparición de un nuevo derecho fundamental igual que existe una enorme distancia entre los estándares internacionales de transparencia y el derecho de acceso a la información pública que desarrolla la LTBG.

La opción elegida por el legislador no sigue a la tendencia mayoritaria y de actualidad de la doctrina española y difiere de la orientación que las instituciones internacionales atribuyen a la transparencia. En el ámbito europeo, existe un proceso de reconocimiento del derecho de acceso a la información y transparencia como derecho fundamental. La evolución del derecho de acceso en la UE se caracterizó por un inicio tímido de cara a la transparencia y acceso a la información.

Tras numerosas regulaciones, en el año 2007 con el Tratado de Lisboa continuó el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública y se le otorga fuerza jurídica a la Carta de Niza. Durante todo este proceso, los sujetos obligados a hacer pública la información y a dar trámite a las solicitudes de acceso que recibieran se fue incrementando notablemente, pasando de ser una política de buen gobierno a un derecho constitucional comunitario sobre el acceso a la información pública.

Así, la Carta de los Derechos fundamentales de la UE establece en el art. 42 de la misma, contenido en el Título V «*Ciudadanía*», que: «*Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte*». De igual modo, el acceso a la información pública se presenta como parte integrante

de la libertad de información del art. 10 del CEDH en los últimos años, de modo que sería contenido del art. 20. 1 d) CE.

En este sentido, el iusfundamentalista SÁNCHEZ DE DIEGO (2014) dedica parte de una de sus obras a analizar y explicar que tanto TEDH, el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación de Europa como la UE mantienen el carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública, mientras que en nuestra ley solo es un derecho administrativo. Sostiene también que la LTBG no reúne los requisitos mínimos para adaptarse a las leyes de transparencia de países de nuestro entorno, ni a la normativa internacional a la que España aspira cumplir. Esto es así pues tanto en su alcance teórico como en su ejercicio práctico, el derecho de acceso a la información pública se consagra como un pilar imprescindible para el funcionamiento democrático debido al requisito de que los actos de gobierno han de ser públicos en cualquier Estado de Derecho.

Como derecho vinculado a otros DFFF podemos acometer la nueva argumentación que sostenga nuestra defensa. Una manera de entender el derecho de acceso a la información pública, como indicábamos al inicio de epígrafe, se dirige a conceptualizar la obtención de información no como fin en sí mismo, sino como instrumento de concreción de otros derechos constitucionales, valores o principios. De esta forma *«la propia existencia del mecanismo de obtención de información, o bien de la obligación de otorgar información, tiene efectos preventivos o institucionales, independientemente del uso que se haga de la propia información»* (ABRAMOVICH y COURTIS, 2000, pp. 143 y ss.).

Respecto a esta posición en que se defiende la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública puede partirse de su inadecuada e insuficiente naturaleza relacionada con el art. 105. b) CE, lo que recorta la efectividad que la LTBG habría tenido de haberse relacionado con el art. 20 CE como muchos expertos defendían en su fase de anteproyecto de ley. SÁNCHEZ DE DIEGO (2014, p. 7) insiste siempre en que se confunde transparencia con derecho de acceso a la información pública y quizás ahí radique el error de anclaje pues *«no se encuentra en el mismo plano de igualdad»* uno y otro término.

El art. 105. b) CE se ubica en el cuarto título de la carta el cual se destina al *«Gobierno y la Administración»*, sin embargo son muchos más (Casa Real, fundaciones o sociedades mercantiles de participación pública) los sujetos comprendidos en el ámbito subjetivo de aplicación a los que se refiere el art. 2 de la LTBG. Si al ámbito objetivo nos referimos, sigue siendo inadecuado el art. 105. b) CE el cual lo concentra en torno a *«archivos y registros»* cuando el real objeto de la ley es la *«información pública»* que existe además de en esos archivos y registros, en otros muchos lugares que se sitúan al margen de la publicidad registral o archivística, pues debe accederse a la información que es el contenido sin pasar por continentes.

Puede hablarse de nuevos argumentos si atendemos a la doctrina generada como consecuencia de la LTBG, y es aquí donde se critica la poca atención prestada a los derechos humanos, el gran ignorado cuando se habla de transparencia en España. Autores iusfundamentalistas del derecho de acceso como OLMEDO (2014) se plantean su anclaje constitucional a este respecto. Además el derecho de acceso a la información pública es imprescindible, según este autor, para la formación de una opinión pública que actúa de base para el funcionamiento democrático de la comunidad política.

OLMEDO (2014) concluye en su trabajo que: *«El derecho de acceso es un derecho fundamental y no un derecho administrativo... es un presupuesto capital de formación de la opinión pública, base fundamental del funcionamiento democrático de una comunidad política, al mismo nivel que la libertad de información y de la que forma parte según los textos internacionales en la materia y la jurisprudencia del TEDH. Su regulación como derecho meramente administrativo lo deja huérfano de la protección y garantías propias de los fundamentales, y prejuzga en su contra la ponderación de intereses que deberá realizarse administrativa y judicialmente para resolver los previsibles conflictos con otros derechos y bienes jurídicos»*. De esta forma se situaría al mismo nivel que la libertad de información y de la que participa, según jurisprudencia del TEDH, por lo que debe ser considerado un derecho democrático fundamental y, como tal, debe tener un tratamiento administrativo más allá del que le otorga la LTBG (MILANS DEL BOSCH, 2015).

Hemos de concebir en este tramo a la Administración en la faceta que describe el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009, la que afirma que *«el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos proporciona una fuente de información para el público y ayuda al público a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas»*. Si bien es cierto que el derecho de acceso a la información no se ha caracterizado históricamente por ser uno de los que han supuesto de forma directa y clara unas discriminaciones o diferencias sociales que hayan sido objeto de reivindicación por aquellos más desfavorecidos en la sociedad, podemos poner en duda que si consideramos que aunque de manera indirecta este derecho condiciona con un carácter instrumental la posibilidad de gozar o acceder a determinados derechos que pueden significar en la práctica una indudable fuente de desigualdades sociales.

Si el art. 20.1.d) CE reconoce y protege el derecho *«a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»* garantizando la libertad de recibir y comunicar información, puede justificarse que en la expresión *«derecho a la información»* se encuentra implícita la facultad de estar informados, de buscar y de tratar de conocer la información interpretando este precepto a través de la DUDH y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que sí que reconocen la facultad de investigar o buscar.





La transparencia se ha convertido en un valor transversal que, en los últimos años, ha alcanzado numerosos aspectos de la vida: la política, la fiscalización, el derecho, la Administración Pública o la empresa privada. Por ello, *Transparencia en el Sector Público* reúne absolutamente todo lo que juristas y profanos en la materia han de saber acerca de la transparencia y lo hace con un lenguaje adaptado a todos los públicos pero sin abandonar el rigor propio de un estudio jurídico.

La panorámica que ofrece no solo descubre su exégesis completa sino que presenta el devenir del derecho de acceso a la información pública en su iusfundamentalización y define e implementa los conceptos de Transparencia de Estado y Estado de la Transparencia.

Además, se desarrolla la instauración paulatina global de la transparencia y del derecho de acceso, anclado constitucionalmente como fundamental, instaurados en los tres poderes del Estado español como consecuencia de la Gran Recesión del 2008 y a través de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, la cual se analiza jurídicamente. Así, se expone cómo es la extendida estructura legislativa de transparencia, el origen del que se despliega la ordenación de tal derecho y cómo suscita y proyecta su reconocimiento constitucional como derecho fundamental emergente.

En definitiva, la obra contiene el más completo estudio de transparencia española, conformando una fotografía crítica y del estado actual de la transparencia, propuestas de mejora y reflexiones de implementación.

