

# El derecho de acceso a la información pública

Fernández Scagliusi, María de los Ángeles  
Becaria de Investigación de Derecho Administrativo. Universidad de  
Sevilla

**Resumen.** Si la información que está en manos del Gobierno y de las Administraciones no llega a los ciudadanos, se produce un grave déficit democrático. Por ello, es fundamental la regulación contenida en el Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (texto aprobado por el Consejo de Ministros el día 27 de julio de 2012), cuyas claves nos proponemos analizar. **Palabras clave:** transparencia, derecho a la información, libertad de expresión.

**Abstract.** If the information that the Government and the Public Administrations have isn't given to the citizens, a terrible democratic deficit it is produced. For that reason, the regulation contained in the bill Transparency, Public Information Access and Good Government (passed the July 27<sup>th</sup> 2012) is essential and here we try to examine its elements. **Key words:** transparency, information right, freedom of speech.

## **1. El acceso a la información**

### **1.1. Introducción**

El art. 20 de la Constitución establece: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; c) a la libertad de cátedra y d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”. De esta manera, contempla como derechos fundamentales una serie de libertades, concretamente: la libertad de expresión, la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y, finalmente, la libertad de información. De todos ellos, merecen destacarse la libertad de expresión y la libertad de información, ya que contribuyen de una forma particular al proceso de formación de la opinión pública dentro de los Estados. Son los derechos básicos sobre los que se sustenta una comunicación pública libre dentro de la sociedad.

Además, dada la especial posición institucional que las libertades de información y de expresión poseen dentro de un sistema democrático, no resulta extraño que el constituyente español consagrara estos derechos en el núcleo duro de la declaración de derechos de la Constitución, otorgando las máximas garantías constitucionales (Guichot Reina, 2011: 27 y ss.).

Una parte sustancial de la información está en manos del Gobierno y de la Administración. Si no llega al conocimiento de los ciudadanos, se genera un déficit democrático que explica el desapego de aquéllos respecto de los poderes públicos. Por este motivo, la

necesidad de transparencia de las actuaciones se ha ido convirtiendo en una exigencia cada vez más insistente. Ciertamente, el reconocimiento de un derecho de acceso a la documentación pública -vertiente subjetiva- y del correspondiente principio de transparencia administrativa -vertiente objetiva- constituye una fase o etapa avanzada de los sistemas democráticos, pues debe recordarse que la democracia no es tanto un estado como un proceso siempre abierto (Fernández Ramos, 2002: 881). En las sociedades complejas se ha ido generalizando la idea de que una sociedad democrática requiere que los ciudadanos puedan conocer con la mayor amplitud cómo actúan los poderes públicos, y de ese modo, controlarlos (Guichot Reina, 2011: 32).

Sin ese conocimiento, el sistema democrático y los poderes elegidos por los ciudadanos pierden su razón de ser porque excluyen a los sujetos que les otorgaron legitimidad. Todo ello permite observar que la cuestión no es baladí y que nos afecta a todos.

## **1.2. Regulación del derecho de acceso a la información en España**

En España hay una regulación específica del derecho de acceso a la información pública que encontramos presente en dos artículos. Por un lado, el art. 105 c) CE lo reconoce en los siguientes términos: “La Ley regulará: b) 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”.

Por otro, el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante Ley 30/1992) que

afirma: “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 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”.

Ello permite comprender la trascendencia de tal derecho que tiene su reflejo en el texto constitucional y en la Ley 30/1992, lo que es sumamente necesario. No obstante, a pesar de la regulación que efectúa esta última, son varias las deficiencias: se limita a documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados; establece restricciones adicionales a las previstas en la Constitución e inclusivas de una cláusula abierta que hace depender la efectividad del derecho de una decisión discrecional de la Administración. A ello hay que sumar la falta de regulación del procedimiento o de creación de instituciones de tutela que liberen al demandante de información de tener que acudir a un costoso y lento proceso judicial.

Por ello, es fundamental la regulación contenida en el Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (texto aprobado por el Consejo de Ministros el día 27 de julio de 2012), cuyas claves analizaremos más adelante.

## **2. El principio de transparencia de la acción administrativa**

### **2.1. Significado**

Como hemos podido observar, la ansiada transparencia administrativa es uno de los pilares fundamentales de nuestro Estado de Derecho, una garantía de la corrección del comportamiento público, que maneja intereses que son de todos (Gómez-Reino Carnota, 1983: 611-619). La misma puede definirse como la puesta a

disposición de los interesados de determinadas bases de datos de la Administración, esencial para la contribución a la eficacia del servicio público, o como la capacidad de los interesados y de los ciudadanos en general de conocer el funcionamiento de la Administración. Al potenciar esta transparencia en la actuación del sector público, se garantiza el control del ejercicio del poder discrecional y se constata que la actuación vierte un saldo satisfactorio en contra de la arbitrariedad (Del Castillo Vázquez, 2007: 241). En otros términos, se limita y evalúa la actuación administrativa por parte de los ciudadanos que puedan contar así con información que les afecta y participar efectivamente en un Estado democrático.

A partir del reconocimiento de hecho en la Constitución, se instala, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1988, -R/ 1988,5060-, la imagen de una Administración auténticamente democrática, que se manifiesta en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática. La norma fundamental perfila la transparencia administrativa limitada por dos reservas: de un lado, la intimidad de las personas, y de otro, la seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos. Fuera de estos extremos, los poderes públicos están obligados a la transparencia.

### **3. El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**

#### **3.1. Los objetivos de la norma**

Como señala la propia Exposición de Motivos, la ley persigue una triple finalidad: incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública -que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades

públicas-; reconocer y garantizar el acceso a la información -regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo- y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento -lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública-.

En estas tres vertientes, la Ley quiere implicar un avance en la materia y establecer unos estándares homologables a los que ya existían en democracias consolidadas. En definitiva, constituye un paso necesario que debe acompañarse en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como con la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en esta materia.

Todo ello no puede hacernos olvidar que la Ley, por muy bien intencionada que sea, no es en sí misma suficiente para generar la inversión en las prácticas y usos administrativos que requiere el derecho de acceso a la información.

### **3.2. Estructura**

La ley consta de veintinueve artículos repartidos en tres títulos: el Título preliminar que sólo incluye el art. 1; el Título I que abarca los arts. 2 a 21 y el Título II que comprende los arts. 22 a 29.

### **3.3. El Título I**

El Título I de la Ley regula la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas mediante un conjunto de previsiones que se recogen

en dos capítulos diferenciados y desde una doble perspectiva: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública. Sus tres capítulos regulan respectivamente el ámbito subjetivo de aplicación, la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública.

De ellos debemos destacar los Capítulo II y III. En primer lugar, el Capítulo II dedicado a la «publicidad activa», establece una serie de obligaciones para los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del Título I, que habrán de difundir determinada información sin esperar una solicitud concreta de los administrados (la Administración es realmente la que tiene que tomar la iniciativa de hacer pública la información). Concretamente, intenta acotar el concepto de transparencia a los efectos de la ley que alcanza a información de diverso tipo:

A) *Información institucional, organizativa y de planificación*: contenida en el art. 5, obliga a las Administraciones a publicar en formato electrónico, en sus sedes electrónicas o páginas web, información relativa a las funciones que desarrollen, la normativa que le es de aplicación y su estructura organizativa. Asimismo, obliga a la publicación, en sus sedes electrónicas o páginas web, los planes o programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como actividades, medios y tiempo previsto para su consecución.

B) *Información denominada como de relevancia jurídica*: el art. 6 se refiere a ella y determina la obligación de hacer públicas las siguientes informaciones: a) Las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; b) Los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Reales Decretos Legislativos cuya iniciativa les

corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes. En el caso en que no sea preceptivo ningún dictamen la publicación se realizará en el momento de su aprobación; c) Los proyectos de reglamentos cuya iniciativa les corresponda. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública; d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio y e) Los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación.

Por su parte, el Capítulo III se sitúa en la posición pasiva y configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, entendiendo por tal los contenidos o documentos que obren en poder de cualquiera 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 (art. 10). Son titulares del mismo todas las personas y puede ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información -derivado de lo dispuesto en la Constitución Española- o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos.

En todo caso, los límites previstos deben aplicarse atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad.

Asimismo, dado que el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales, la Ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios. Así, por un lado, en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano prevalecerá el acceso, mientras que, por otro, se protegen - como no puede ser de otra manera- los datos que la normativa califica como especialmente protegidos, para cuyo acceso se requerirá, con carácter general, el consentimiento de su titular.

En materia de impugnaciones, ha de señalarse que se crea una reclamación potestativa y previa a la vía judicial ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (art. 21), que sustituye a los recursos administrativos. Se opta en este punto por otorgar las competencias en la materia a un organismo ya existente, en aras de la necesaria austeridad exigida por las actuales circunstancias económicas pero reforzando el sistema de nombramiento de su presidente con la intervención del Parlamento y tasando las causas de cese en el ejercicio de sus funciones.

### **3.4. El Título II**

El Título II que lleva por rúbrica «Buen gobierno» otorga rango de Ley a los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Igualmente, refuerza el régimen sancionador que les resulta de aplicación, en consonancia con la responsabilidad a la que están sujetos.

Este sistema intenta que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad. Para cumplir este objetivo, la Ley consagra un régimen sancionador estructurado en tres ámbitos: infracciones en materia de conflicto de intereses, en materia de gestión económico-presupuestaria y en el ámbito disciplinario. Además, se incorporan infracciones derivadas del incumplimiento de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En el ámbito económico-presupuestario resulta destacable que cabe la imposición de sanciones a quienes comprometan gastos, liquiden obligaciones y ordenen pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la normativa presupuestaria, den lugar a pagos reintegrables o no justifiquen la inversión de los fondos a los que se refiere la normativa presupuestaria equivalente. De esta manera se introduce un mecanismo de control fundamental que quiere evitar comportamientos irresponsables y que resultan inaceptables en un Estado de Derecho.

Los arts. 24 a 27 regulan las infracciones y sanciones, afirmando que la comisión de las infracciones previstas da lugar a la imposición de sanciones como la destitución de los cargos públicos que ocupe el infractor, la no percepción de pensiones indemnizatorias, la obligación de restituir las cantidades indebidamente percibidas y la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública.

Además, se prevé que los autores de infracciones graves y muy graves no puedan ser nombrados para ocupar determinados cargos públicos durante un período de entre 5 y 10 años.

#### 4. Conclusiones

Como ha podido comprobarse, la aprobación de una ley que regule la transparencia y el derecho de acceso es un paso fundamental para un Estado democrático. Un instrumento que permita a los ciudadanos hacer un seguimiento de lo que está haciendo su gobierno en todo momento está más que justificado y cumple un papel fundamental. En este sentido, no puede admitirse que el secreto pueda ser la técnica empleada en el funcionamiento administrativo, dando total libertad de actuación y de procedimiento.

El derecho a disfrutar de unos servicios transparentes y acceder a la información pública es un derecho de todo ciudadano y de cualquier órgano de la Administración. Y es por ello que la intención de cambiar la situación anterior debe ser potenciada y bien recibida.

Sin embargo, no todo puede quedarse en buenos propósitos. No basta con una norma que pretenda invertir las prácticas y los usos anteriores. En efecto, normas complementarias y una auténtica voluntad de cambio deben acompañar al texto porque, de lo contrario, sólo conseguiremos continuar con la situación anterior.

Cabe destacar que para ello, el proceso de elaboración de la norma debía ser lo más público y participativo posible, y lamentablemente no es eso lo que ha sucedido. El proyecto no ha solicitado la opinión de agentes sociales, como prueba la no remisión al Consejo Económico y Social, a pesar de que sí haya existido solicitud de informe al Consejo de Estado.

Asimismo, es evidente que la implantación de una política de transparencia supondrá unos costes económicos que deben preverse y asumirse para evitar que la misma se quede en un compromiso vacío.

Sin un esfuerzo de adecuación de las estructuras administrativas a las exigencias prácticas de reconocimiento del derecho y de sensibilización del personal al servicio de la Administración, no lograremos que la transparencia sea efectiva; no conseguiremos una verdadera política pública de transparencia.

### **Bibliografía**

- De Vega Ruiz, J.A. (1988). Las libertades públicas y sus limitaciones en casos y circunstancias especiales. *La Ley*.
- Del Castillo Vázquez, I. C. (2007). Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal. *Foro, Nueva época*, 6.
- Fernández Ramos, S. (2002). Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 105.
- Gómez-Reino Carnota, E. (1983). El secreto profesional de los periodistas. *Revista de Administración Pública*, 100-102.
- Guichot Reina, E. (2003). El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública. *Revista de Administración Pública*, 160.
- Guichot Reina, E. (coord.) (2011). *Derecho de la comunicación*, Madrid, Iustel.