

---

IURISPRUDENTIA ELEGANS: REVISTA DE DERECHO POLÍTICO E HISTORIA  
CONSTITUCIONAL, NUM. 1. 2014

---

**TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN DESDE UNA  
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

MANUEL SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA<sup>1</sup>  
U.C.M.<sup>2</sup>

[msdiego@ucm.es](mailto:msdiego@ucm.es)

Fecha de recepción: 9/05/2014.

Fecha de aceptación: 17/05/2014.

Fecha de publicación: 20/05/2014.

**RESUMEN:** Desde una posición muy crítica respecto de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno se analiza la posibilidad de que dicha norma permita una mayor transparencia de los entes públicos, para lo cual se afronta la compleja entrada en vigor de la transparencia. Desde una postura constitucionalista se trata de determinar cuál debería ser la relación entre transparencia y derecho de acceso a la información pública. Ello nos lleva a defender, tal y como lo hace la jurisprudencia internacional, un nuevo derecho fundamental a acceder a la información pública “anclado” en las libertades informativas del artículo 20 de la Constitución Española.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución Española, Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, Información Pública, siglo XXI y Libertades.

**ABSTRACT:** From a very critical position on the Law 19/2013 of 9 December, transparency, public access to information and good governance the possibility that such a rule permitting greater transparency of public bodies, which is analyzed to be facing the complex entry into force of transparency. From a constitutionalist stance trying to determine what should be the relationship between transparency and the right of access to public information. This leads us to defend, as it does international jurisprudence, a new fundamental right to access the "anchored" public information on freedom of information Article 20 of the Spanish Constitution.

**KEYWORDS:** Spanish Constitution, Law 19/2013 of 9 December Transparency, Public Information, XXI century and Freedoms.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho de la Información. Sección Departamental Derecho Constitucional, U.C.M.

<sup>2</sup> Facultad de Ciencias de la Información. Avenida Complutense, s/n, 28040, Madrid.

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UNA COMPLEJA ENTRADA EN VIGOR. III. UNA LEY QUE DECEPCIONA. IV. LA TRANSPARENCIA NO ES LIMITADA. V. EL VALOR DE LA TRANSPARENCIA. VI. REFLEXIONES FINALES.

### I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por la transparencia desde una perspectiva académica tuvo reflejo en XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España que bajo el título “Participación, Representación y Democracia” se celebró el 3 y 4 de abril del 2014 en la vieja Universidad de Salamanca. La mesa número 3 de dicho Congreso con el título “Transparencia y democracia” fue coordinada por el profesor Ángel Sánchez Navarro. En la misma se presentaron las ponencias a cargo de tres profesores: Manuel Sánchez de Diego se refirió al “El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública”<sup>3</sup>, Antonio Troncoso disertó sobre “Transparencia y protección de datos” y Pilar Cousido sobre “Transparencia y secreto”<sup>4</sup>. Además se presentaron varias comunicaciones cuyas conclusiones fueron leídas en el Aula Francisco de Vitoria de la universidad salmantina.

Entre las comunicaciones podemos citar las de José Ignacio Navarro Méndez con el título “[Transparencia Parlamentaria y Desafección Política en Tiempos de Crisis](#)”<sup>5</sup>; Aránzazu Moretón Toquero sobre “[Las Distintas Posibilidades de Configuración del Derecho de Acceso a la Información Pública y la Opción del Legislador Español](#)”<sup>6</sup>; Joaquín Sarrión Esteve tituló su comunicación: “[La Transparencia y la Libertad de Información como Límites al Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal](#)”<sup>7</sup>; Göran Rollnert Liern sobre “[La Justiciabilidad del Derecho de Acceso a la Información Pública ante el Tribunal Constitucional](#)”<sup>8</sup>; Ana Gude Fernández acerca de “[Algunos Límites de la Videovigilancia en el Ámbito Laboral: El](#)

---

<sup>3</sup> <http://sanchezdediego.blogspot.com.es/2014/04/el-principio-de-transparencia-y-el.html>

<sup>4</sup> <http://www.acoes.es/congresoXII/ponencias/mesa3/Ponencia%20Pilar%20Cousido%20Mesa%203.pdf>

<sup>5</sup> <http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/NavarroMendezJITRANSparenciAPARLA MENTARIA.doc>

<sup>6</sup> <http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/MoretonToqueroADistintasposibilidadesdeconfiguraciondacesoinformacion.doc>

<sup>7</sup> <http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/SarrionEsteveJTransparenciaylibertaddeinformacioncomolimites.doc>

<sup>8</sup> <http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/RollnertLiernGLajusticiabiidadelderechodeacesoalainformacionpublicaanteelTC.doc>

[Derecho a la Intimidad y a la Protección de Datos](#)<sup>9</sup>”; M<sup>a</sup> Begoña López Portas sobre “[El Control y La Disposición de los Datos Personales en el Supuesto de la Videovigilancia Pública. Un Análisis de la Regulación Contenida en la Ley 4/1997](#)”<sup>10</sup>; Sabela Serrano Maíllo y M<sup>a</sup> Isabel Martín del Llano, con el expresivo título “[Ley 19/2013: ¿Hacia una verdadera Transparencia o hacia un más de lo mismo?](#)”<sup>11</sup>; Rosario Serra Cristóbal con la pregunta “[¿Tenemos derecho a saber que nos espían? El Difícil Equilibrio entre Participación en la Información y Seguridad Nacional](#)”<sup>12</sup>; Vicente Navarro Marchante, presentó la investigación sobre “[La Información Audiovisual de los Plenos Municipales Españoles: Un Análisis Casuístico](#)”<sup>13</sup> y María Dolores Montero Caro abordó en su comunicación “[El Proyecto del Ley de Transparencia Pública de Andalucía](#)”<sup>14</sup>.

Las ponencias y comunicaciones tuvieron como objeto de reflexión la recientemente aprobada Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. En general se observa una ambivalente actitud ante esta norma: por un lado nos congratulamos de su aprobación y, por otro, deploramos su redacción y nos lamentamos de los errores en los que incurre. En palabras de Serrano Maíllo y Martín del Llano: “Hoy, escribimos desde la convicción (y la decepción) de que la tan esperada ley de transparencia ha nacido herida de muerte. Y esto porque creemos que no ha sido dotada del poder suficiente para acometer la función que le ha sido encomendada: hacer de la transparencia una realidad en nuestro país”<sup>15</sup>.

La entrada en vigor de la Ley 19/2013 se escalona en el tiempo y, de hecho, se observa que después de su ansiada, publicitada y celebrada aprobación, la transparencia parece haber ingresado en el limbo de la atemporalidad.

---

<sup>9</sup><http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/GudeAnaALGUNOSLIMITESDELAVIDEOVIGILANCIAENELAMBITOLABORALELDERECHOALAINTIMIDADYALAPROTECCIONDEDATOS.doc>

<sup>10</sup><http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/LopezPortasMBLO497elcontrolydisposiciondedatosvideovigilanciapublica.doc>

<sup>11</sup><http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/SerranoMailloMIyMartindeLLanoMILey192013.doc>

<sup>12</sup><http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/SerraRosarioTenemosderechoasaberquenosespian.pdf>

<sup>13</sup><http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/NavarroMarchanteVicenteJLainformacionaudiovisualdelosplenosmunicipalesespanoles.doc>

<sup>14</sup><http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/Montero%20CaroEl%20proyecto%20de%20Ley.pdf>

<sup>15</sup> *Op cit.* <http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/SerranoMailloMIyMartindeLLanoMILey192013.doc>

## II. UNA COMPLEJA ENTRADA EN VIGOR

Sin embargo, en la exposición que se realizó en el Congreso de la Asociación de Constitucionalistas se puso de manifiesto la compleja entrada en vigor de la Ley 19/2013. Parte de lo expuesto puede encontrarse desarrollado en el número 33 la Revista Jurídica de Castilla y León<sup>16</sup>. La disposición final novena de la Ley 19/2013 establece en principio tres momentos diferentes para la entrada en vigor:

– *Las disposiciones previstas en el título II [Buen Gobierno] entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*

– *El título preliminar [Objeto de la Ley], el título I [Transparencia de la Actividad Pública] y el título III [Transparencia de la Actividad Pública] entrarán en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*

– *Los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley.*

Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley es mucho más compleja, pues a estos tres momentos hay que añadir las siguientes consideraciones temporales relacionadas con la transparencia:

- Las leyes modificadas en las disposiciones finales 1ª a 4ª y la 6ª, que al no existir una norma expresa, debemos entender se les aplica la *vacatio legis* propia del párrafo 1º del artículo 2 del Código Civil, veinte días desde su publicación. Dichas leyes modificadas son: la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado; Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y, por último, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

---

<sup>16</sup> Parte de lo expuesto sobre la vigencia de la Ley se encuentra más desarrollado en el artículo SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: “El día después de la Ley de Transparencia” en *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 33. [www.jcyl.es/revistajuridica](http://www.jcyl.es/revistajuridica)

- El acceso a la información en los supuestos en los que la Ley de Transparencia es meramente subsidiaria, en estos casos es posible ejercitar el derecho de acceso a la información sin que tengamos que esperar a la entrada en vigor de la Ley 19/2013, así ocurre en:

- La solicitud de información del interesado en un procedimiento administrativo, que sigue rigiéndose por la normativa específica según el procedimiento administrativo concreto.
- El acceso a los datos personales del afectado, que se regula por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales.
- El acceso a la información medioambiental, que se rige por 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, que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE.
- El acceso a la información pública para su reutilización, que se rige por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

- Hay otros aspectos de la transparencia que quedan pendientes, y que ni siquiera tiene fecha de puesta en marcha, aunque en algunos casos ya se está trabajando en ellos. Para que la transparencia se instale definitivamente en nuestro país se precisa la incorporación de normas de transparencia en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y el Senado, en el Consejo General del Poder Judicial y las cámaras legislativas de las Comunidades Autónomas. También está prevista la realización de convenios de colaboración entre corporaciones de derecho público y «*la Administración Pública correspondiente o, en su caso, con el organismo que ejerza la representación en su ámbito concreto de actividad*», según prevé la disposición adicional tercera de la Ley. De igual forma, la revisión y simplificación normativa -materia tangencial a la transparencia y que constituye un *desiderátum* recurrente de nuestro legislador- se inicia sin una fecha de cumplimiento por parte de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes que elaborará un Plan de Calidad y Simplificación Normativa y se encargará de coordinar el proceso de revisión y simplificación normativa respecto del resto de Departamentos ministeriales cuya labor recaerá sobre sus Secretarías Generales

Técnicas que podrán *coordinar su actividad con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de las competencias que le son propias y en aplicación del principio de cooperación administrativa, lleven a cabo un proceso de revisión de sus respectivos ordenamientos jurídicos.* (Disposición adicional segunda)

- Por último citar, la disposición final séptima que establece que *el Consejo de Ministros aprobará, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley en el “Boletín Oficial del Estado”, un Real Decreto por el que se apruebe el Estatuto orgánico del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*». El 10 de marzo de 2014 había transcurrido este plazo de tres meses sin que se hubiese aprobado dicho reglamento.

### III. UNA LEY QUE DECEPCIONA

La decepción a la que nos referíamos procede en gran parte de la naturaleza administrativa de la Ley, como manifiesta Arancha Toquero: “Pese a la evidente significación política que tiene la transparencia, su tratamiento jurídico específico es muy reciente, y se ha abordado, sobre todo, desde la óptica del Derecho Administrativo y no tanto desde el Derecho Constitucional”. No sólo porque el anclaje constitucional de la Ley se encuentra sólo en el artículo 105 B) de la Constitución, también porque como en su propia exposición de motivos se dice en la *Ley se avanza y se profundiza en la configuración de obligaciones de publicidad activa que, se entiende, han de vincular a un amplio número de sujetos entre los que se encuentran todas las Administraciones Públicas, los órganos del Poder Legislativo y Judicial en lo que se refiere a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo*. Más concretamente esa referencia a actividades sujetas a Derecho Administrativo se cita en el artículo 2, párrafo 1 apartados e), f) e i).

Esta vinculación al Derecho Administrativo genera una situación grotesca en cuanto que la información relativa a los funcionarios públicos se rige por el Derecho Administrativo, pero para el personal contratado, el derecho que se aplica es el Derecho Laboral. Esto significaría que la obligación de informar se extiende a los funcionarios,

pero no respecto al personal con una relación laboral. Incomprensible y absurdo<sup>17</sup>. Ya hemos manifestado que “una buena Ley de Acceso a la Información Pública y Transparencia debería empezar por el reconocimiento de un derecho fundamental a acceder a la información pública. Derecho que se desarrollaría a partir del artículo 20 CE, como una libertad informativa más y que tendría como consecuencia la transparencia de los poderes públicos –y por extensión de otros entes con fondos y funciones públicas. La transparencia se convierte así en una consecuencia de un derecho fundamental, no en la razón [u origen] de un derecho administrativo”<sup>18</sup>. A lo que se añade la contradicción que existe entre la vinculación de este derecho sólo al artículo 105 b) de la Constitución que se refiere al “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” del Gobierno y la Administración Pública, pues dicho precepto se encuentra dentro del Título IV que se refiere precisamente al Gobierno y la Administración Pública. Sin embargo, con la caótica lista de sujetos obligados a la transparencia que aparecen en el artículo 2 de la Ley 19/2013; entre ellas, ordenadas de forma más coherente: la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local... así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, las instituciones autonómicas análogas... las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100... Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones... Es este otro “bug” o fallo de concepción de la ley ¿cómo puede fundamentarse la transparencia en el artículo 105 b que se refiere únicamente al Gobierno y a la Administración Pública cuando son otros muchos los sujetos obligados? La crítica más señalada a la Ley es que no articula la Ley a partir de un derecho fundamental a acceder a la información pública<sup>19</sup>, por lo que se

---

<sup>17</sup> Vid. <http://sanchezdediego.blogspot.com.es/2014/04/el-principio-de-transparencia-y-el.html>

<sup>18</sup> Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “Transparencia y derecho de acceso a la información: ni tanto monta, ni tanto da”, *Ciberlaw Clinic* <http://cyberlaw.ucm.es/home/25-manuel-sanchez-de-diego/164-transparencia-y-derecho-de-acceso-a-la-informacion-ni-tanto-monta-ni-tanto-da>. 1 de mayo de 2012 (Artículo periódico).

<sup>19</sup> Sobre la relación entre el derecho de acceso a la información pública y la transparencia puede consultarse Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública” en Corredoira y Alfonso, L. y Cotino Hueso, L., *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 283-323.

considera que la Ley nace vieja. Nace obsoleta porque no sigue las últimas tendencias que a nivel internacional se han desarrollado sobre el derecho a acceder a la información pública y, por tanto a la transparencia de las instituciones públicas, que realizan funciones públicas o que funciona con fondos públicos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya ha reconocido la vinculación del derecho acceso a la información pública con las libertades informativas del artículo 10 del Convenio Europeo en tres sentencias.

En el caso *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, de 14 de abril de 2009 (App. núm. 37374/05)<sup>20</sup> se produce un cambio trascendental en la jurisprudencia del TEDH, cuando reconoce en el párrafo 35<sup>21</sup> una evolución de su jurisprudencia, pues ha avanzado hacia una interpretación más amplia del concepto de «libertad de recibir información» y por lo tanto hacia el reconocimiento de un «derecho de acceso a la información». En el párrafo § 43 de la sentencia *Kennedy v. Hungary*, de 26 de mayo de 2009 (Appl. núm. 31475/05)<sup>22</sup>, el TEDH resalta que «el acceso a las fuentes documentales originales para la investigación histórica legítima era un elemento esencial del ejercicio del derecho de la demandante a la libertad de expresión». En el año 2013, la sentencia del caso *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, de 25 de junio de 2013 (Appl. núm. 48135/06)<sup>23</sup> falla en contra de la reiterada negativa de la agencia de inteligencia serbia (*Bezbednosno-informativna agencija*) de proporcionar información relacionada con la vigilancia electrónica, en concreto sobre cuántas personas habían sido objeto de la vigilancia electrónica por ese organismo en el año 2005.

En el § 26 el TEDH concluye que «la reticencia obstinada de la agencia de inteligencia de Serbia para cumplir con la orden del Comisionado de Información fue un desafío del derecho interno y equivale a la arbitrariedad. Por lo que en consecuencia se ha acordado considerar que ha existido una violación del artículo 10

---

<sup>20</sup> <<http://goo.gl/SVaSx>. Vid. en Aranzadi JUR\2009\168003>.

<sup>21</sup> 35. The Court recalls at the outset that «Article 10 does not ... confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual » (*Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 74 in fine, Series A no. 116) and that «it is difficult to derive from the Convention a general right of access to administrative data and documents» [*Loiseau v. France* (dec.), n° 46809/99, ECHR 2003-XII (extracts)]. Nevertheless, the Court has recently advanced towards a broader interpretation of the notion of «freedom to receive information» (see *Sdruženi Jihoc'eské Matky c. la République Tchèque* (dec.), n° 19101/03, 10 July 2006) and thereby towards the recognition of a right of access to information.

<sup>22</sup> Aranzadi JUR\2009\218749.

<sup>23</sup> <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-120955>>.



*de la Convención*». En las tres sentencias se reconoce una dimensión constitucional del derecho de acceso a la información pública vinculada a la genérica libertad de información o libertad de expresión (artículo 10 del Convenio Europeo).

Sigue el TEDH la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso *Claude Reyes v. Chile* (19 septiembre 2006) considera que el derecho de acceso a la información se encuentra amparado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969). En concreto manifiesta en el párrafo §77 de dicha sentencia: “*en lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención [equivalente al artículo 10 del CEPDH, al 19 DUDH, al 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 20 de nuestra Constitución]*], al estipular expresamente los derechos a «buscar» y a «recibir» «informaciones», protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado...”

El Comité de Derechos Humanos en el 102º período de sesiones (Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011) al referirse al artículo 19 (libertad de opinión y expresión) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos viene a reconocer que “*article 19, paragraph 2 embraces a right of access to information held by public bodies*”, esto es el párrafo 2 del artículo 19 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos<sup>24</sup>. También la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) a través de la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación emitió un crítico comentario sobre el anteproyecto de ley de Transparencia<sup>25</sup>. El documento comienza recomendando que se incluya en la exposición de motivos una aclaración a que el derecho de acceso se trata de un derecho fundamental y en el artículo 8 se incluya una referencia al artículo 20 de la Constitución española<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Observación general n.º 34 – punto número 18. Artículo 19 Libertad de opinión y expresión <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>

<sup>25</sup> OSCE: Comentarios al nuevo texto del anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. [www.osce.org/es/fom/91312](http://www.osce.org/es/fom/91312)

<sup>26</sup> El propio informe del Consejo de Estado sobre el proyecto de Ley de Transparencia recomendaba que se citara el artículo 20 de la Constitución Española.

Finaliza en las conclusiones diciendo: “Es importante reiterar que el acceso a la información es un derecho fundamental de acuerdo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos de Europa, y que, en 2004, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación sostuvo que: «El derecho de acceso a la información que esté en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a Información) [...]»<sup>27</sup>. A todo ello se añaden los compromisos internacionales que España ha asumido en el Convenio de Tromsø, nº 205 del Consejo de Europa, sobre el Acceso a los Documentos Públicos<sup>28</sup>, en el Open Government Partnership<sup>29</sup> -el proyecto de gobierno abierto liderado por Estados Unidos y Brasil- y en la Carta Iberoamericana de la Transparencia y el Acceso a la Información pública adoptada en el año 2012 en la XXII Cumbre Iberoamericana de Cádiz<sup>30</sup>. Es cierto que reconocer esa vinculación con el artículo 20 de la Constitución habría supuesto la tramitación de la Ley de Transparencia como una Ley Orgánica. Ello no habría sido especialmente preocupante para el grupo parlamentario popular en el Congreso que tiene en estos momentos mayoría absoluta, pero podría haber significado el planteamiento de algún recurso de inconstitucionalidad, en concreto por parte de alguna autonomía que estuviera más preocupada por su ámbito competencial que por la profundización en la democracia del siglo XXI. Apreciamos un empecinamiento del legislador en configurar este derecho como un derecho administrativo derivado de la transparencia de las Administraciones Públicas, frente a los abundantes pronunciamientos internacionales que lo consideran como un derecho fundamental.

---

<sup>27</sup> Véase el documento de 2004 titulado «Declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos para la Libertad de Expresión», denominada en adelante en el presente documento «Declaración conjunta», en: [http://cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&1ID=1\\_\\_](http://cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&1ID=1__)

<sup>28</sup> En el preámbulo de dicho convenio podemos leer: *Teniendo en cuenta, en particular, el artículo 19 del Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 6, 8 y 10 del Convenio [Europeo] para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública en la toma de decisiones y el Acceso a la Justicia en los temas Medio Ambientales (Aarhus, 25 de junio de 1998) y el Convenio para la Protección de Individuos con respecto al Proceso Automatizado de Datos Personales del 28 de enero de 1981 (n.º de ETS. 108).*

Puede consultarse el texto original en inglés y la traducción en:

<http://www.derecom.com/numeros/pdf/convenio.pdf>

<sup>29</sup> <http://www.opengovpartnership.org/es>

Además consúltese Cotino Huesos, L., “Del «deber de publicidad» de Brandeis al «Open Government» de Obama. Regulación y control de la información pública a través de las nuevas tecnologías” en <http://goo.gl/br3rs>.

<sup>30</sup> <http://segib.org/publicaciones/files/2012/11/RMS-2012-CAST.pdf>, pp.121 a 126.

Frente a ello solo cabe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como señala Göran Rollnert Liern en su comunicación: “el único camino que queda para abrir de nuevo esta cuestión es provocar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, esto es, *excitar* al intérprete supremo para que, en su caso, declare el carácter fundamental del derecho y la consecuente reserva de su desarrollo legislativo a la ley orgánica”<sup>31</sup>.

Otra posibilidad con menos eficacia directa sería que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sancionase España por violar el artículo 10 en lo relativo al acceso a la información pública. Esto podría ocurrir en el caso de la petición de información realizada el 1 de marzo de 2007 por Access Info sobre la actuación de España en la lucha contra la corrupción y, más concretamente sobre la implantación en nuestro país del Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción. Dicha petición hecha a la Presidencia del Gobierno después de las peripecias habituales y lamentables –silencio administrativo, respuesta parcial e incorrecta, remisión al Ministro de Justicia...- motivó una demanda contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional. Tanto la Audiencia Nacional<sup>32</sup> como el Tribunal Supremo<sup>33</sup> desestimaron la demanda, en este último caso condenando a costas, 3.000 euros que fueron recaudados en 3 días entre simpatizantes. La pregunta que se hacía al Gobierno era “*en cumplimiento del Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción (art. 6), ¿qué órgano es el encargado de prevenir la corrupción cometida por personas y entidades españolas, privadas y públicas? ¿Qué recursos (material y personal) se le han proporcionado?*”

Access Info Europe ya ha planteado demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional español y confía que si no obtiene un pronunciamiento positivo, seguramente lo obtendrá por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> *Op. Cit.* <http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/RollnertLiernGLajusticiabiidaddelderechodeaccesoalainformacionpublicaanteelTC.doc>

<sup>32</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 22 octubre 2009. Aranzadi JUR 2009\45190. Ponente: Fernando de Mateo Menéndez

<sup>33</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 29 mayo 2012 Aranzadi RJ 2012\7107. Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez.

<sup>34</sup> Citado en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “El proyecto de Ley de Transparencia en España. Errores y Soluciones” en *Revista Diálogos de la Comunicación* (Revista Académica de la Federación Latinoamericana de Facultades de Comunicación Social- FELAFACS) n° 87 Julio-Diciembre 2013, pp. 8-9. [http://www.dialogosfelafacs.net/wp-content/uploads/2013/07/87\\_El\\_proyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_Transparencia\\_en\\_Espana\\_Errores\\_y\\_soluciones.pdf](http://www.dialogosfelafacs.net/wp-content/uploads/2013/07/87_El_proyecto_de_Ley_de_Transparencia_en_Espana_Errores_y_soluciones.pdf)

En este caso, además del sonrojo internacional, podría motivar la reflexión de nuestro legislador para adecuar nuestra ley de transparencia a los requerimientos internacionales. Como hemos señalado, la Ley nace vieja, porque desoye la línea argumental internacional que reconoce naturaleza de derecho fundamental al acceso a la información pública. Además la ley es obsoleta porque se mueve en dirección contraria a las exigencias de la sociedad y a la propia evolución de las instituciones públicas, en gran parte marcada por las nuevas tecnologías de la información.

Este es el sentido de la comunicación de José Ignacio Navarro Méndez sobre “Transparencia parlamentaria y desafección política en tiempos de crisis” que recoge el esfuerzo de Transparencia Internacional “para evaluar a los parlamentos españoles (Cortes Generales y parlamentos autonómicos) sobre su grado de transparencia”.

Este hecho que se produce también con los ayuntamientos<sup>35</sup>, ha generado un movimiento a favor de la transparencia. Lo cierto es que el tiempo ha servido para que ya podamos conocer lo que cobran los diputados y senadores. Esa información era reservada hasta la VIII legislatura cuando bajo la presidencia de Manuel Marín González se hicieron públicas las cantidades y, en la actualidad es posible consultarlas en las páginas web del Congreso y del Senado. También hoy en día es posible consultar - con una cierta dificultad - que ha votado cada parlamentario en cada caso. Estos dos ejemplos de transparencia señalan la dirección en la “que se mueven el tiempo en el que vivimos”.

Se ha señalado en varias intervenciones que “actualmente estamos viviendo un auge de la desafección política por parte de la ciudadanía en nuestro país”<sup>36</sup> y que uno de los posibles remedios es la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno. Por eso, varias comunidades autónomas y entidades locales han tomado acciones destinadas a regular e implantar la transparencia. Este era también el objetivo cuando en la comparecencia posterior al consejo de Ministros que aprobó el Proyecto de Ley de Transparencia, la Vicepresidenta del Gobierno manifestó que el objetivo fundamental de los proyectos de ley que se presentaban –entre ellos el de

---

<sup>35</sup> En este sentido la comunicación de V. Navarro Marchante sobre “La información audiovisual de los plenos municipales españoles” es pertinente en esta discusión. En el debate posterior se le sugirió que se pusiera en contacto con Transparencia Internacional a efectos de incluir la posibilidad de dar información audiovisual de los plenos como uno de los indicadores de transparencia de los Ayuntamientos.

<sup>36</sup> Así comienza la comunicación de M<sup>a</sup>. D. Montero Caro sobre el Proyecto de Ley de Transparencia de Andalucía.

transparencia- era **la recuperación de la confianza y de la credibilidad**<sup>37</sup>. Desgraciadamente desde la sociedad civil y los expertos en transparencia no creemos que se haya cumplido<sup>38</sup>.

Habría sido más correcto configurar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental entroncado con las libertades informativas del artículo 20 de la Constitución Española. Este precepto ampara la existencia de una comunicación pública libre, esencial para que exista una auténtica opinión pública libre que es el fundamento de una sociedad democrática. El derecho de acceso presenta también esa dimensión pública. Si se busca la participación y colaboración de los ciudadanos es necesario que previamente exista acceso a la información pública. Para poder participar es imprescindible conocer, saber. Si no fuera así, la participación se realizaría a ciegas. En el mismo sentido Manuel Olmedo Palacios dice que “el derecho de acceso a la información pública 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»<sup>39</sup>. Quizás la principal dificultad se encuentre en el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, un derecho subjetivo que surge para afrontar los nuevos retos de la sociedad de la información. Sin embargo, ya tenemos precedentes de nuevos derechos fundamentales, como es el derecho a la protección de datos personales. Se trata de un derecho fundamental, perfectamente configurado en el artículo 35 de la Constitución portuguesa<sup>40</sup>, pero con una referencia mínima en el

---

<sup>37</sup> Sáenz de Santamaría, S., Manifestaciones de la Vicepresidenta y Portavoz del Gobierno, Soraya Sáenz de Santamaría, en la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros del 18 de mayo de 2012. [http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/\\_2012/cmnp20120518.htm](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/_2012/cmnp20120518.htm).

<sup>38</sup> No sólo desde la OSCE, Access Info, la Coalición Pro Acceso y otras organizaciones no gubernamentales encontramos críticas profundas a la Ley 19/2013 de 9 de diciembre. También los expertos como E. de la Nuez se han manifestado de forma negativa: “El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; ¿una ley gatopardesca?” en *¿Hay Derecho?* 24 septiembre 2012. <http://hayderecho.com/2012/09/24/el-proyecto-de-ley-de-transparencia-acceso-a-la-informacion-publica-y-buen-gobierno-una-ley-gatopardesca/>.

<sup>39</sup> Olmedo Palacios, M., «La Ley 10/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», *Diario La Ley*, núm. 8237, 27 de enero de 2014.

<sup>40</sup> Artículo 35 (Utilización de la informática) de la Constitución Portuguesa

párrafo 4º del artículo 18 la Constitución española: “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Recordemos que la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos Personales que desarrolla el párrafo 4º del artículo 18 también regula los ficheros manuales, lo que significa que en esa Ley Orgánica existe una clara extralimitación de la previsión constitucional. Además de éste párrafo 4º del artículo 18 de la Constitución española es imposible determinar el contenido esencial del derecho a la protección de datos, las facultades que los integran o que lo hacen reconocible como tal.<sup>41</sup> Hoy en día no se puede defender un catálogo cerrado y estático de derechos fundamentales<sup>42</sup>. La evolución de la sociedad exige respuestas jurídicas a los nuevos retos. E. Álvarez Conde se refiere a tres técnicas<sup>43</sup> para integrar nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional: incorporación directa a la Constitución; mediante la ratificación de los correspondientes tratados internacionales y mediante la configuración jurisprudencial. A esta tres podemos añadir una más “la propia de la técnica legislativa. Esto es, el desarrollo del precepto constitucional por medio de una norma aprobada por el Poder Legislativo.

---

1. Todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a los datos informatizados que les conciernan, pudiendo exigir su rectificación y actualización, así como el derecho a conocer la finalidad a que se destinan, en los términos que establezca la ley.

2. La ley define el concepto de datos personales, así como las condiciones aplicables a su tratamiento automatizado, conexión, transmisión y utilización, y garantiza su protección, especialmente a través de una entidad administrativa independiente.

3. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos relativos a convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o sindicatos, confesión religiosa, vida privada y origen étnico, salvo con el consentimiento expreso del titular, autorización prevista por la ley con garantías de no discriminación o para procesamiento de datos estadísticos no identificables individualmente.

4. Se prohíbe el acceso a datos personales de terceros, salvo en casos excepcionales previstos por la ley.

5. Se prohíbe la atribución a los ciudadanos de un número nacional único.

6. Se garantiza a todos el libre acceso a las redes informáticas de uso público, determinando la ley el régimen aplicable a los flujos de datos transfronterizos y las formas adecuadas de protección de datos personales y de otros cuya salvaguardia se justifique por razones de interés nacional.

7. Los datos personales que consten en ficheros manuales gozan de protección idéntica a la prevista en los apartados anteriores, en los términos que establezca la ley.

<sup>41</sup> Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. “Los usuarios en la sociedad de la información”, en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., Carrillo, M., Bonete Perales, E. y Pi, Ramón y Dader, J.L., *Revista Los usuarios en la sociedad de la Información. Estudios y Documentación* nº 7. Ed. CEACCU, Madrid, 1999, p. 41.

<sup>42</sup> Vid. Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “De la libertad de expresión al derecho de acceso a la información pública”, *Revista Comunicación y Pluralismo* nº 9. Salamanca, 2010, pp. 241-244.

<sup>43</sup> Álvarez Conde, E. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. I El Estado Constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades, Madrid, 1992, p. 249

Este es el caso del desarrollo del artículo 18.4 CE por la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD) vigente hasta el 14 de enero de 2000 que fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales<sup>44</sup>. De igual forma a cómo surge en España el derecho a la protección de datos personales, podía haberse reconocido el derecho a acceder a la información pública. El origen de este derecho se encuentra en «el tronco común de la libertad de expresión». «Un derecho directamente relacionado con la transparencia y la lucha contra la corrupción, pero cuyo aspecto más importante, a nuestro juicio, es su caracterización como derecho fundamental de última generación que permitirá a la persona participar en la nueva sociedad de la información por medio de la información que le proporcione el Estado»<sup>45</sup>.

#### IV. LA TRANSPARENCIA NO ES LIMITADA

Para algunos la transparencia es ilimitada. Antes o después se sabrá todo. Según esta corriente de opinión las filtraciones como las de Assange y Snowden nos demuestran que en Internet todo es posible. En nuestro país estamos acostumbrados que las informaciones que se encuentran en los sumarios declarados secretos por el juez instructor... aparezcan a las pocas horas en los medios de comunicación. Sin embargo, existen y deben existir límites al derecho de acceso a la información pública. El principio es el de la publicidad de la información pública, pero las excepciones son las que confirman que se trata de un derecho con límites. Tanto en la ponencia del profesor Antonio Troncoso como en la de la profesora Pilar Cousido se abordaron el tema de los límites a la transparencia. En lo relativo al derecho a la protección de datos personales como al secreto oficial, respectivamente.

---

<sup>44</sup>Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “De la libertad de expresión al derecho de acceso a la información pública” *Revista Comunicación y Pluralismo* n° 9. Salamanca, 2010, p. 242.

<sup>45</sup>Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “Una nueva libertad de expresión para una nueva sociedad”, *Diálogos de la Comunicación* (Revista de la Federación Latinoamericana de Facultades de la Comunicación Social), n° 82, Lima (Perú), septiembre-diciembre de 2010, p. 17.

<http://www.dialogosfelafacs.net/wp-content/uploads/2011/10/Una-nueva-libertad-de-expresi%C3%B3n-para-una-nueva-soociedad-Manuel-S%C3%A1nchez.pdf>.

El profesor Troncoso como experto en temas de protección de datos<sup>46</sup> defendió el derecho a la protección de datos personales como uno de los límites del derecho de acceso. La importancia de este derecho a la protección de datos personales ha supuesto dedicarle en la Ley 19/2013 todo un artículo, el 15, que se redacta en gran parte por las sugerencias que llegan desde la Agencia Española de Protección Datos Personales<sup>47</sup>. La intervención del profesor Troncoso motivó una interesante discusión sobre si el interés público podía servir como elemento determinante para que prevalezca o no el derecho de acceso sobre el derecho a la protección de datos. La argumentación la encontramos en la siguiente afirmación: “los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales tienen que estar vinculados a la garantía de otros derechos fundamentales y a la existencia de un interés público, pero no a un principio genérico de transparencia administrativa. No existe derecho de acceso indiscriminado a información pública con datos personales —que es, en el fondo, información de los ciudadanos— y no se puede publicar abiertamente esta información”<sup>48</sup>. Además del profesor Sánchez de Diego, intervino el profesor Lorenzo Cotino defendiendo que el derecho de acceso a la información pública no precisaba una motivación específica y, menos el interés público.

Si así fuera estaríamos en algo parecido a la regulación previa a la Ley 19/2013, la establecida en el artículo 37 de la Ley 30/1992 que venía a exigir un interés directo de peticionario y que el expediente estuviera finalizado. Precisamente lo que se trata es de permitir el acceso general de los ciudadanos a la información que los poderes públicos tienen en sus manos. Este derecho se completa con la obligación de las instituciones públicas para que ofrezcan la información relevante en sus páginas webs, en lo que se llama transparencia activa. Ello no impide que el interés público opere como criterio de interpretación a favor de uno u otro derecho, pero no debe constituir un elemento esencial de derecho de acceso a la información pública, esto es como una circunstancia interna del propio derecho.

---

<sup>46</sup> Fue presidente de la Agencia Madrileña de Protección de Datos personales y posee una abundante bibliografía sobre el tema entre otras obras Troncoso Reigada, A. (Dir.), *Transparencia administrativa y protección de datos*, Civitas Thomson, Madrid, 2008, pp. 22-188.

Troncoso Reigada, A., *La protección de datos personales en busca del equilibrio*, Tirant Lo Blanch Valencia, 2010, pp. 1990.

<sup>47</sup> El informe de la Agencia Española de Protección de Datos Personales se mantuvo secreto, pero fue desvelado por la periodista M. Cabra.

Cabra, M., “Los informes ocultos de la Ley de Transparencia” en *eldiario.es*. 10-09-2012 (artículo de periódico), [http://www.eldiario.es/zonacritica/informes-ocultos-Ley-Transparencia\\_6\\_45905413.html](http://www.eldiario.es/zonacritica/informes-ocultos-Ley-Transparencia_6_45905413.html)

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 799.



Cabría incluso mantener una argumentación más elaborada al considerar que el interés público se presupone en el derecho de acceso a la información pública en tanto que es trascendente para la sociedad –véase más adelante lo que se argumenta sobre el valor de la transparencia. Como podemos leer en la comunicación de Sarrión Esteve: “El derecho fundamental a la protección de datos, entendiendo como ese haz de facultades que implica el poder de disposición sobre los propios datos debe ser acotado, y limitado en los supuestos en los que sea necesario preservar un mínimo de seguridad pública, así como también otros derechos, en particular la transparencia y la libertad de información”<sup>49</sup>. En efecto, el derecho a la protección de datos tiene también sus límites en la seguridad nacional y en la transparencia. El derecho de acceso/transparencia, el derecho a la protección de datos personales y la protección de la seguridad común interactúan conformando un marco jurídico en el que se busca el equilibrio de los tres.

La profesora Pilar Cousido señala que la normativa española, la pre-constitución Ley de Secretos Oficiales de 1966 no ha cambiado, “pero las circunstancias y el contexto, aparentemente, son diferentes...”. Señalando “los affaires extranjeros, con repercusión en España, “Snowden” y “WikiLeaks (WL)”, en estrecha relación con la revolución tecnológica -esto, en el plano de los hechos-”<sup>50</sup>. También la aprobación de la Ley 19/2013 va a incidir en los secretos oficiales y viceversa. La materia clasificada como secreto actuaría como límite al menos en los siguientes supuestos previstos en el párrafo 1º del artículo 14 de la Ley 19/2013: (a) la seguridad nacional, (b) la defensa, (c) las relaciones exteriores, (d) la seguridad pública, (h) los intereses económicos y comerciales y (i) La política económica y monetaria.

Sobre los dos primeros rubros no existe duda, pero entendemos que el secreto oficial también alcanzaría a las relaciones exteriores que en gran parte determinan la defensa del Estado. Recordemos que en la anterior legislatura cuando más se estaba hablando de un Proyecto de Ley de Transparencia, se aprueba el Acuerdo Secreto, de 15 de octubre de 2010, del Consejo de Ministros de España sobre Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en el cual se clasifican determinadas materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales.

---

<sup>49</sup><http://www.acoes.es/congresoXII/comunicaciones/mesa3/SarrionEsteveJTransparenciaylibertaddeinformacioncomolimites.doc>

<sup>50</sup>Cousido González, P., “Transparencia y Secreto”  
<http://www.acoes.es/congresoXII/ponencias/mesa3/Ponencia%20Pilar%20Cousido%20Mesa%203.pdf>

Llama la atención que sea una norma la que sea considerada como secreta, cuando precisamente la publicidad de las normas es esencial en un sistema democrático. La profesora Cousido señala como un investigador del Departamento de Historia de la Comunicación Social de la UCM consiguió revelar este Acuerdo Secreto<sup>51</sup>. Además existen diferentes acuerdos bilaterales sobre protección de información, desde el momento que la Seguridad Nacional y la Defensa se han convertido en un objetivo común de las alianzas de estados. En relación con la seguridad pública, la profesora Cousido entiende que “puede interpretarse que la **seguridad pública** de la Ley de Transparencia se hace eco de bienes jurídicos protegidos en el anteproyecto de 1996, como la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional e institucional. Por su parte, no la Ley de Secretos Oficiales, pero sí el Reglamento que la desarrolla es el que menciona “el orden constitucional”, como bien jurídico protegido por la normativa vigente”<sup>52</sup>. En relación con los **intereses económicos y comerciales y la política económica y monetaria**, como excepciones/límites al derecho de acceso a información pública la profesora Cousido considera que “dichos intereses, convertidos por ley en bienes jurídicos a proteger, reciben contestación, pero habrá que darles cuerpo doctrinal, en la medida en que la realidad postindustrial y tecnológica, en un mercado plenamente universal y caracterizado por estrategias competitivas divergentes, obliga a estudiar si es justo o injusto incorporar a lo clasificable y garantizable por parte del Estado este tipo de intereses”<sup>53</sup>. Llama la atención la inclusión en el artículo 14. 1 j) del secreto profesional como límite en el acceso a la información pública. La primera reflexión al respecto debe ser ¿por qué los entes públicos tienen en su poder información concerniente a secretos profesionales? El secreto de los profesionales (de médicos, de sacerdotes, de abogados, de periodistas...) no debería estar en poder de los poderes públicos. “Los supuestos en los un profesional actúe como tal, dentro de una entidad pública es una situación peculiar que se puede dar con los médicos de un servicio de salud público, abogados de una entidad pública o sacerdotes castrenses.

---

<sup>51</sup> Dice la profesora Cousido en la nota a pie de página nº 11 que “La difusión del documento es decisión personal de C. Sanz Díaz, profesor e historiador de la Universidad Complutense de Madrid, a cuya solicitud de información respondió, en su momento, la Secretaria General Técnica, F. Gallego Caballero, desde el Ministerio de Asuntos Exteriores.

<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ghistri/documentos/Acuerdo%20CM%2015.10.2010%20seguridad%20MAEC.pdf> (consultado el 9 de marzo de 2014).

<sup>52</sup> Cousido González, P., “Transparencia y Secreto”

<http://www.acoes.es/congresoXII/ponencias/mesa3/Ponencia%20Pilar%20Cousido%20Mesa%203.pdf>

<sup>53</sup> *Ibidem*.

En el caso de los médicos la confidencialidad entre paciente y médico debe ser guardada incluso en el ámbito de la sanidad pública. De igual forma, en el caso de un abogado que defiende a un funcionario, también nos encontraríamos con un supuesto de confidencialidad cliente-abogado, en la que la entidad pública no debería tener esa información propia del secreto profesional en su poder.

La entidad pública puede servir de marco de la relación profesional médico-paciente, abogado-defendido o sacerdote-soldado, pero eso no significa que la información concerniente al secreto profesional deba estar en poder de la entidad pública<sup>54</sup>. Es verdad que “con el derecho a la protección de datos personales se permite la cancelación de datos personales que no deben estar en una base de datos, pero esa facultad debería completarse con este control del público de la información en manos de los poderes públicos: conocer que información tiene el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los entes públicos para saber qué información deben tener y cual no<sup>55</sup>. De esta forma la transparencia se convierte en un instrumento de protección de la intimidad<sup>56</sup> y sirve para controlar al Gran Hermano. También choca el límite de la protección del medio ambiente (artículo 14.2 n j) en gran parte porque precisamente es a través de la transparencia cómo se logra la protección del medio ambiente, esa es la razón de ser de 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, que incorpora las Directivas 003/4/CE y 2003/35/CE.

La Ley 19/2013 de Transparencia va a recoger otros límites alguno de los cuales se encuentran fuera del precepto dedicado a los límites. Así el artículo 18 se refiere a las *Causas de inadmisión* que son auténticas limitaciones al derecho de acceso:

1. *Se inadmitirá a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes:*

a) *Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general.*

---

<sup>54</sup> Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública” en el Blog *A vueltas con el Estado*. 28/04/2014. <http://sanchezdediego.blogspot.com.es/2014/04/el-principio-de-transparencia-y-el.html>.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Esta idea ya se encuentra en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., “La transparencia de las bases de datos como mecanismo de protección de la intimidad de las personas” en *Informática y Derecho* nº 4. Aranzadi Editorial, 1994 (Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho).

*b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.*

*c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.*

*d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente.*

*e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.*

Ya hemos manifestado<sup>57</sup> que esas limitaciones que se establecen de forma indirecta, vienen a excluir mucha información elaborada, recibida o en posesión de las entidades públicas, comenzando por aquella de “carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas” (artículo 18.b). Esta puede ser una fórmula para ocultar información –bastaría con establecer que tal o cual documento tiene carácter auxiliar, es un borrador o un informe interno- y, en todo caso, ese tipo de información es esencial para conocer y controlar como actúan las entidades públicas. Tampoco es admisible no entregar información que un ente público tiene en su poder, alegando que fue otro el que generó esa información (artículo 19.4). Cabría incluso la posibilidad de no dar la información, pues aunque se tiene, no se sabe quién la generó. Otro absurdo jurídico incomprensible. No se trata de mantener una postura integrista sobre el derecho de acceso a la información pública, pero sí de lograr un equilibrio entre este derecho y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos. En concreto el derecho a la protección de datos personales y la seguridad nacional. Eliminando restricciones y limitaciones innecesarias. Por ello, para establecer el funcionamiento de la transparencia deberíamos exponer cual es el valor de la transparencia en una sociedad democrática.

---

<sup>57</sup> Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. “El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública” en el Blog *A vueltas con el Estado*. 28/04/2014. <http://sanchezdediego.blogspot.com.es/2014/04/el-principio-de-transparencia-y-el.html>

## V. EL VALOR DE LA TRANSPARENCIA

La trascendencia pública del derecho de acceso a la información pública y, por tanto, de la transparencia pública se encuentra no en el interés público de sacar a la luz pública determinadas informaciones. Tampoco en los efectos positivos que ese derecho crea en las instituciones públicas. Como hemos manifestado antes, lo realmente trascendente es que la persona pueda participar en la nueva sociedad de la información por medio de la información que le proporcionen los poderes públicos. Repasemos las diferentes facetas que dibujan este derecho como algo esencial en la democracia del siglo XXI. Este derecho de acceso por el mero hecho de estar reconocido genera un control sobre las instituciones públicas. Que alguien pueda preguntar y conocer determinados expedientes, implica que cualquier actuación dentro de los poderes públicos puede salir a luz pública. Esa posibilidad mediatiza cualquier posible actuación irregular.

En palabras de Troncoso: "... la transparencia y la continua rendición de cuentas son aliados del principio de eficacia en la actividad administrativa. De manera específica, la transparencia facilita el control social de la actividad administrativa y del dinero público, y la lucha contra la corrupción. De hecho, desde una perspectiva de análisis económico del Derecho son cada vez más palpables los costes económicos de la falta de transparencia"<sup>58</sup>. Y de igual forma la desclasificación de la materia declarada como secreto también actuaría no sólo como mecanismo para conocer la historia, también como forma de control. Es cierto que para que ello ocurriera los plazos para desclasificar no deberían ser muy largos.

La transparencia es esencial en el proceso de modernización de las administraciones públicas que se re-legitiman al recuperar la confianza entre gobernados y gobiernos. Es un mecanismo eficaz en la lucha contra la corrupción; una forma de recuperar el espíritu de servicio público, cuando los servidores públicos se encuentran verdaderamente a disposición del público. La transparencia pública es rentable económicamente, no sólo por el ahorro que se generan al eliminarse los sobrecostes de la corrupción, también porque los ciudadanos pueden señalar mejoras y eficiencias del funcionamiento público y, por las posibilidades de negocio que genera la reutilización de la información pública. Todo lo antedicho es importante, pero a nuestro juicio lo esencial es cómo se organiza el

---

<sup>58</sup> Troncoso Reigada, A., "La protección de datos personales en busca del equilibrio" Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 718.

sistema político, en concreto la relación entre las personas y el poder. En la sociedad de la información cabrían dos posturas extremas: los sujetos asumen el rol de ciudadanos sometidos a las administraciones públicas o asumen el rol de titulares de la soberanía.

La sumisión en el primer supuesto se articula a partir de la información. El conocimiento de cada persona a partir de sus datos personales permitiría la manipulación, la acumulación de información, su tratamiento automatizado y el conocimiento puesto a disposición de unos pocos que mediante diversos mecanismos – secretos oficiales, información en proceso de elaboración, secreto profesional, información auxiliar...- sustraen información al conocimiento público. De esta forma se desarrollaría un sistema político en el que una oligarquía dominaría a través de las nuevas tecnologías y, de forma no necesariamente violenta, al resto de los ciudadanos que puede que desconozca la situación en la que se encuentra. Para evitar esta situación es imprescindible el desarrollo de derechos fundamentales que afronten los riesgos de las nuevas tecnologías y permitan compartir la información.

El derecho a la protección de datos personales y el derecho a acceder a la información pública operarían en forma concurrente para lograr que las personas participaran en la sociedad de la información y que la información sólo esté a disposición de unos pocos. El otro supuesto supone la integración de las personas en el sistema político. La palabra clave en esta situación es participación. Participación tanto en la acción política como participación en los beneficios informativos obtenidos por el Estado. La información está a disposición de todos para lograr sus objetivos particulares, pero también para controlar la acción política.

De nuestra acción o inacción dependerá el resultado final.

## VI. REFLEXIONES FINALES <sup>59</sup>

El XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España se celebró el 3 y 4 de abril del 2014 en la vieja Universidad de Salamanca y dedicó la mesa de trabajo número 3 a la “Transparencia y democracia”. Coordinados por el profesor Ángel Sánchez Navarro, los profesores Troncoso, Cousido y Sánchez de Diego expusieron sus ponencias. A juicio de muchos expertos en transparencia y acceso a la información pública la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, no es una buena norma de transparencia. Tiene más de propaganda que de transparencia. Si comparamos la norma con los diez principios para una buena ley de transparencia de la Coalición Pro Acceso (<http://www.proacceso.org/los-diez-principios/>) veríamos que fallan muchos de ellos, comenzando porque no se configura un derecho fundamental a acceder a la información pública, y terminando porque no existe un órgano auténticamente independiente que garantice el derecho de acceso a la información pública. La transparencia debe ser el resultado del derecho de acceso a la información pública, no al revés que es lo que ocurre en la ley española. La transparencia administrativa “*per se*” es positiva, pero no garantiza un sistema plenamente abierto, sólo hasta donde las administraciones “transparentes” permitan. Por el contrario, un derecho fundamental de las personas a acceder a la información pública obliga a que los poderes públicos sean transparentes, tanto en su vertiente pasiva –dar información ante las demandas de las personas-, como activa -proporcionar información en su web sin necesidad que nadie la solicite. Es normal que todo derecho tenga límites, porque como ha dejado claro el Tribunal Constitucional español, no hay derechos absolutos. Pero si es cierto que no hay derechos absolutos, tampoco los límites pueden ser absolutos. Por ello, tanto el derecho a la protección de datos personales, como el secreto oficial deben ponderarse en relación con el derecho al acceso a la información en manos públicas. Es posible y deseable que se configure un derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental anclado en las libertades informativas.

---

<sup>59</sup> Recogido en gran parte en el blog de *Revista Catalana de Dret Públic* <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/05/07/reflexiones-sobre-la-ley-de-transparencia-manuel-sanchez-de-diego-fernandez-de-la-riva/>

Se trata de un derecho esencial en la Sociedad de la Información, como también lo es el derecho a la protección de datos. El reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental vinculado a la genérica libertad de expresión es una constante a nivel internacional. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) a través de la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación, como en Convenio de Tromsø, nº 205 del Consejo de Europa, sobre el Acceso a los Documentos Públicos, como el informe del Consejo de Estado español sobre el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, ligan de alguna forma este derecho a la libertad de información. Configurar este derecho de acceso como un derecho de la ciudadanía de carácter administrativo no solamente es insatisfactorio para la sociedad civil, sino que genera situaciones absurdas como someter a transparencia todo lo relativo a los funcionarios cuyo estatuto se rige por el Derecho Administrativo, pero no lo relacionado con los servidores públicos con contrato laboral. La entrada en vigor de la transparencia en España es compleja, no sólo por lo dispuesto en la disposición final novena que prevé tres momentos: las normas de buen gobierno al día siguiente de la publicación en el BOE; las normas de transparencia y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al año de su publicación y, dos años de plazo máximo para que las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales se adapten a las obligaciones contenidas en la Ley. Ya hemos señalado en el número 33 de la Revista Jurídica de Castilla y León ([www.jcyl.es/revistajuridica](http://www.jcyl.es/revistajuridica)) que hay otras referencias temporales, alguna de ellas incumplidas como es la disposición final séptima que establece que «*el Consejo de Ministros aprobará, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley en el "Boletín Oficial del Estado", un Real Decreto por el que se apruebe el Estatuto orgánico del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*». Lo cierto es que pese a que la Ley de Transparencia sea manifiestamente mejorable, ha abierto un espacio a la transparencia y al derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. De cómo se desarrolle por el Estado y regule por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, dependerá que nuestro sistema político sea más o menos abierto. Mantenemos la esperanza en los servidores públicos que están convencidos de las bondades de una auténtica transparencia, para que lleven una ley defectuosa a buen puerto.