

ENTRE LA OSCURIDAD DE LA NOCHE Y LA LUZ DEL DÍA: TRANSPARENCIA, INDETERMINACIÓN Y UNA CASA DE CRISTAL EN CONSTRUCCIÓN

Ángeles Galiana Saura

*Profesora agregada de Filosofía del Derecho.
Universidad Rovira i Virgili*

Roser Andreu Llovet

*Estudiante de Doctorado.
Universidad de Lleida*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Manuel ARENILLA SÁEZ, don ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, don FEDERICO ANDRÉS LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, don JAVIER MANCHADO DE ARMAS y don ALBERTO PALOMAR OLMEDA.

EXTRACTO

Este trabajo se centra en dos aspectos fundamentales: de un lado, analiza la naturaleza jurídica de la transparencia, considerándola un concepto jurídico indeterminado (con las consecuencias de revisión jurisdiccional que comporta tal calificación); de otro, se encarga de abordar su nueva regulación legal, contenida mayormente en los títulos I y III de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, señalando algunos aspectos notorios y/o que pueden llegar a dificultar su efectiva aplicación, antes de que se produzca la entrada en vigor de los referidos títulos en diciembre de 2014 (pese a que las comunidades autónomas y las entidades locales disponen hasta diciembre de 2015 para adaptarse a las previsiones contenidas en la norma).

Palabras claves: ley, transparencia, acceso a la información, concepto jurídico indeterminado y casa de cristal.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

BETWEEN THE DARKNESS OF THE NIGHT AND THE DAYLIGHT: TRANSPARENCY, INDETERMINATION AND A GLASS HOUSE UNDER CONSTRUCTION

Ángeles Galiana Saura

Roser Andreu Llovet

ABSTRACT

This study focuses on two fundamental aspects: on one hand, it analyses the legal nature of the transparency, considering it as an indeterminate legal concept (with the jurisdictional review consequences that this consideration implies). On the other hand, it deals with its new legal regulation, mainly contained in Titles I and III of the Spanish law 19/2003, of Transparency, Public Information Access and Good Governance (the Spanish «Freedom of Information Act»), pointing out some notable aspects that could complicate its legal effectiveness, before this law come into force in December 2014 (despite Autonomous Communities and local entities can adapt themselves to this law until December 2015).

Keywords: law, transparency, access to information, indeterminate legal concept and glass house.

Sumario

1. Introducción
2. Algunas consideraciones en torno al uso jurídico de la transparencia en nuestro Derecho interno
3. La naturaleza jurídica de la transparencia
 - 3.1. La transparencia como concepto jurídico indeterminado
 - 3.2. ¿Es la transparencia un derecho?
 - 3.3. ¿Es la transparencia un valor jurídico?
 - 3.4. ¿Es la transparencia un principio?
4. La casa de cristal que se observa en el plano reflejado en la LTAIP: problemas de construcción
 - 4.1. La construcción de una casa de cristal renovada: el extraño número de habitantes
 - 4.2. Una casa de cristal que no puede ser íntegramente cristalina: límites y exclusiones
 - 4.3. Los materiales que pretenden alzar la casa de cristal y sus «garantías»: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública
 - 4.4. El contenido de la casa de cristal: la información que debería poder ser conocida por el público
5. Conclusiones y reflexiones finales en torno a la construcción del inmueble fáctico

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La mención de la transparencia en las variopintas disposiciones que componen hoy nuestro Derecho interno no supone ninguna innovación legislativa destacable propia del siglo XXI¹. Lo novedoso, en resumidas cuentas, resulta ser la relevancia e interés (social², político³, científico⁴...) que ha adquirido la misma en los últimos tiempos. Así, tal y como antaño ocurrió con la publicidad, la transparencia se ha convertido en un diamante tan impactante como cotizado por varios sectores. Estamos, en síntesis, ante una palabra satinada que se ha puesto de moda y que, por ello, desfila actualmente en múltiples pasarelas incluida, como no podía ser de otra manera, la normativa⁵.

¹ Por ejemplo, la susodicha palabra ya aparecía prevista en la ya derogada y preconstitucional Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (arts. 77, 79 y 88).

² El movimiento del 15 M «Democracia Real Ya» reivindicaba una Ley de Transparencia. Asimismo, proyectos como «España en llamas», «Quién Manda», «Tu derecho a saber» o «Dónde van mis impuestos» hacen eco de la importancia que ha adquirido. GUICHOT, E. (2014): «El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno». En: VV. AA., GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos, págs. 21-22.

³ Varios programas políticos (UPyD, IU, PSOE, PP) para las elecciones de 2011 repetían hasta la saciedad las palabras «transparencia» o «transparente». A destacar que el programa ganador (PP) citaba literalmente a la transparencia en 59 ocasiones y el adjetivo transparente en 18. *Ibid.*, pág. 22. Asimismo, la mencionada palabra parece haberse convertido en un clásico de los discursos políticos, con independencia de la temática sobre la que versen los mismos y las finalidades por las que se pronuncian.

⁴ Antes de la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, varios juristas ya se habían ocupado de la transparencia (por ejemplo, GUICHOT, E.; FERNÁNDEZ, S.; SÁNCHEZ DE DIEGO M. y PIÑAR, J. L. hicieron propuestas para regular la cuestión). Después de la aprobación de la citada norma, han aparecido diversas obras de la mano de expertos en la materia, que bien publican aisladamente, bien en colaboración con otros autores. Merece destacar, por lo exhaustivo de sus análisis, además de la ya citada coordinada por GUICHOT, E., la de FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ, J. M.^a, la de DE LA NUEZ, E. y TARÍN, C., la de MESEGUER, J. y la Tesis de BLANES, M. Á.; FERNÁNDEZ, S. y PÉREZ, J. M.^a (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Navarra: Aranzadi; DE LA NUEZ, E. y TARÍN, C. (coord.): *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Madrid: Editorial La Ley; MESEGUER, J. (2014): *Comentario a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno*, Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya; BLANES, M. Á. (2014): *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas*, Navarra: Aranzadi.

⁵ Por lo que a nuestro Derecho interno se refiere, que es el ámbito en el que se centra este trabajo, se pueden mencionar normas de diverso rango y que atañen a materias varias: Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social; Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad; Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno; Ley 17/2011, de

El término, difuso y confuso donde los haya, se mueve cual trapecista en medio de una cuerda floja, balanceándose entre la realidad (o lo que es jurídicamente posible) y la ficción (o lo que supone mera propaganda taumatúrgica). Siendo esto así, cabe advertir, de entrada, que a nuestro entender la receta contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIP) no dispone de poder (ni los fármacos allí prescritos, de potencia) suficiente para poder vencer ciertas enfermedades (algunas de ellas crónicas) que afectan al Estado español⁶. No cabe sino tener presente que, como es bien sabido, sanear este último no es tarea fácil, y ni la transparencia ni ninguna otra palabra puede ser equiparada a una pócima mágica, ni nuestros legisladores (sean del color que sean) al mago Merlín. Siendo esto así, en este estudio vamos a prescindir de concentrarnos en el hipotético despliegue de las virtudes comúnmente asociadas a la transparencia (que, en suma, se encaminan a la mejora del Estado social y democrático de Derecho) y nos centraremos, básicamente, en algunos aspectos jurídicos. En base a ello, observamos que el imperativo legal que supone la transparencia se ha incumplido en diversas ocasiones o, si se prefiere una expresión más sutil, no se ha cumplido en las condiciones que debería⁷, brillando por su ausencia consecuencias jurídicas en este aspecto. Asimismo, y pese a haberse producido «la tormenta perfecta para la transparencia»⁸, la LTAIP no parece haber llegado en aras de mejorar el deterioro de tal paisaje, al tenor de que, cuando no hace ni un año de su aprobación,

5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición; Ley 4/2007, de 3 abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas; Real Decreto 1698/2012, de 21 de diciembre, que modifica la normativa vigente en materia de folleto y de requisitos de transparencia exigibles en las emisiones de valores por la transposición de la Directiva 2010/73/UE; Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo; Decreto 5/2011 de 17 de mayo, por el que regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y de mejora de la transparencia en la contratación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y, así, un largo etcétera.

⁶ La LTAIP desprende un aire sospechosamente lampedusiano que escharca. Véase DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. (2014): «Introducción». En DE LA NUEZ, E. y TARÍN, C. (coord.), *Transparencia..., op. cit.*, págs. 57-69.

⁷ ÁLVAREZ MARTÍN señalaba en 2012 una lista francamente ilustrativa: los artículos 31.2, 71, 128.5 y 130.2 de la Ley 47/2003, general presupuestaria; las típicas circulares del Banco de España sobre transparencia y protección de la clientela (8/1990; 7/1999; 1/2000; 3/2001 hasta la 5/2012, de 27 de junio); algunas disposiciones del Ministerio de Economía y Hacienda como las Órdenes EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre la transparencia de las condiciones y requisitos de la información aplicables a los servicios de pago o EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; la Ley 24/1988, de mercado de valores (modificada en diversas ocasiones); la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la protección de los derechos de los consumidores mediante el fomento de la transparencia en la contratación hipotecaria de Madrid; las Resoluciones de 2005 (24 de junio y 21 octubre) de la Dirección General de Transporte del Ministerio de Fomento disponiendo la publicación de Acuerdos del Consejo de Ministros de igual fecha, sobre mejora de las condiciones de transparencia y competencia en el sector del transporte por carretera; la Resolución de 28 de octubre de 2005, de la Secretaría de Estado de Justicia, que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, que aprueba el Plan de Transparencia judicial, etc. ÁLVAREZ MARTÍN, J. A. (2012): «La futura ley de transparencia ¿Una solución adecuada y creíble?», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, págs. 39-40.

⁸ GUICHOT, E. (2012): «El Anteproyecto de Ley de Transparencia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, pág. 30.

el Gobierno ya ha confundido un mandato legal con una declaración de intenciones, incumpliendo campantemente el plazo previsto en la LTAIP para aprobar el decreto que debería regular el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁹, órgano que aparece previsto en el título III de la susodicha norma y que, asombrosamente, será, con excepciones y algunas incertidumbres, quien deberá velar en el futuro por el cumplimiento debido de las obligaciones legales en la materia.

Al margen de las desdichadas circunstancias anteriores, que no evidencian sino que la lucha por la transparencia requiere de una voluntad política y social que, suponiendo que palpite, no lo hace todavía con suficiente intensidad en nuestro país, cabe resaltar que su aplicación debida no puede calificarse de simple. El operador jurídico que debe lidiar con la misma no lo ha tenido (ni tiene, ni lo tendrá) nada fácil para aplicarla adecuadamente. A fin de cuentas, el legislador no le ha precisado qué debe entender por transparencia; además, cabe tener presente que el sentido coloquial del término muta al hacerse un uso jurídico del mismo; es más, la palabra es sumamente elástica, sus límites no permiten delimitar en rigor hasta dónde alcanza... En definitiva, el panorama para que pueda acatarse el cumplimiento de la obligación legal que supone no puede tildarse precisamente de halagüeño y, dadas las circunstancias, no podemos aventurarnos a afirmar que mejorará, ni mucho menos fabricar u ofrecer pócimas ni soluciones brujas varias para que así sea. Cuando de luchar contra las inmunidades del poder se trata, avisó ya en 1979 GARCÍA DE ENTERRÍA, «el milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho administrativo»¹⁰.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL USO JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA EN NUESTRO DERECHO INTERNO

Siendo conscientes de que la palabra «transparencia» implica la cualidad de ser «transparente»¹¹, y que el adjetivo/atributo «transparente» tiene varias acepciones, no está de más señalar que en nuestra vida cotidiana usamos dicho término, con carácter general, bien para referirnos a un cuerpo a través del cual pueden verse los objetos perfectamente, bien para designar algo o a alguien que denota claridad, evidencia, que es comprensible sin duda ni ambigüedad alguna¹². En pocas palabras, su uso coloquial no acostumbra a plantear problemas de comprensión. No obstante lo anterior, ello no excluye que, a veces, cuando el emisor opta por hacer un uso metafórico de la misma, su significado

⁹ La disposición final séptima de la LTAIP fija que el Consejo de Ministros deberá aprobar en el plazo de tres meses el decreto que regule la organización, estructura, funcionamiento y todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones. A día de hoy, transcurrido el plazo fijado en la norma, el decreto no existe.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1979): *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2.ª ed., Madrid: Editorial Civitas, pág. 32.

¹¹ Del latín *trans-*, a través, y *parens*, *-entis*, que aparece. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, RAE. [Fecha de la consulta: 20.01.2014] <http://lema.rae.es/drae/?val=transparente>

¹² Definiciones extraídas del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (disponible en línea). RAE [Fecha de consulta: 21 de enero de 2014] <http://lema.rae.es/drae/?val=transparente>

pueda terminar siendo parcialmente críptico para el receptor. Eso es, justamente, lo que nos interesa resaltar ahora, ya que con ello se pone de relieve que interpretar correctamente el lenguaje ordinario no siempre es tarea simple, pero es que, además, y por lo que aquí nos concierne, resulta ser que en ocasiones interpretar una palabra de uso ordinario que se adopta en el campo jurídico es todavía más complejo. Si bien los vocablos que se emplean para redactar una norma, con carácter general y en su mayoría, no distan de ser los que pueden ser usados en nuestra vida diaria, no permanecen inalterables por completo, ya que, al hacerse un uso jurídico de los mismos, se transforman, mutan¹³. Así, y salvo que el legislador disponga otra cosa, las palabras de uso ordinario que se emplean en el terreno jurídico adquieren un significado parecido o estrechamente relacionado con el que ostentan en nuestra vida cotidiana, guardan inevitablemente ciertas similitudes con el significado que poseen cuando hacemos un uso coloquial de las mismas, pero, como consecuencia de la inserción de la palabra en un contexto jurídico¹⁴, así como del significado con el que se utiliza un término en un texto jurídico, dicho significado puede variar para adaptarse al mismo y no tiene por qué ser idéntico¹⁵.

De este modo, los problemas de interpretación de un concepto que se asienta en un texto jurídico se exterminan o se reducen ampliamente cuando una palabra procedente de nuestro vocabulario ordinario es allí introducida sin mutar; cuando prácticamente no muta; o incluso cuando el legislador la define, es decir, cuando limita su significado determinando de esta manera el sentido con el que la usa cuando la coloca en una disposición concreta¹⁶. En estos casos, el rompecabezas no existe o es fácil de resolver. Nuestro problema aparece, como cabalmente sucede con la transparencia, cuando una disposición alberga una palabra de uso ordinario cuya definición no aparece precisada por el legislador en la misma y que, por infortunio, no puede ser entendida en su literalidad en el momento en que se sitúa en el campo jurídico. Ello sucede porque «en la interpretación jurídica, el significado propio de las palabras (generalmente, lo que el Diccionario de la lengua dice de ellas) es el punto de partida, no el de llegada»¹⁷, y, si bien resulta irrefu-

¹³ SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid: Editorial Civitas, pág. 102.

¹⁴ La mera inserción de una palabra en un contexto jurídico implica que: a) Posea una capa de notas que alejan el significado ordinario del jurídico, pues al fijarse el sentido del uso jurídico que se atribuye a ciertos términos varía su significado; b) Para conocer el significado que una palabra tiene en un texto jurídico hay que atender a los demás términos con los que convive, de tal modo que, cuando una palabra ordinaria se sitúa en un contexto jurídico, varía su significado a causa de la ampliación o la reducción de su campo de referencia; y c) Las palabras previstas en una norma jurídica significan no únicamente lo que literalmente expresan, sino lo que resulta de su contexto, que debe entenderse a la luz de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación..., op. cit.*, págs. 103-104.

¹⁵ La fijación expresa de sentido no implica en este caso que la legislación cree conceptos nuevos, sino que lo que hace es, básicamente, limitar su significado ordinario. En este sentido, cuando las normas incluyen definiciones, predominan las definiciones analíticas, que establecen lo que se quiere que la palabra signifique, algo que acostumbra a no coincidir con exactitud a lo que significa en el vocabulario ordinario. *Ibíd.*, págs. 103-109.

¹⁶ Por ejemplo, el caso de la «información pública» en el artículo 13 de la LTAIP.

¹⁷ SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación..., op. cit.*, pág. 165.

table que existen excepciones a la regla anterior, no puede afirmarse que la transparencia lo sea, ya que cuando se incluye en un texto legal no implica exactamente lo que su significado común, ordinario, expresa. Así, por ejemplo, sin negar que estéticamente podría ser bastante curioso, resulta obvio que, cuando la normativa hace referencia a la misma, no sugiere precisamente que los edificios en los que los sujetos obligados a ser transparentes desempeñan todas o la mayor parte de sus funciones deberían ser completamente transparentes, puesto que eso sería un absurdo total y rotundo, en el sentido de que, efectivamente, ello nos permitiría ver a un cierto número de personas desempeñado sus cometidos, pero no podríamos saber de qué se están ocupando exactamente. Tampoco puede ni debe desprenderse de la previsión legal de la ya tan mencionada ley que los sujetos que restan obligados a ser transparentes deben ser completamente nítidos, y que por ello no pueden esconder sigilo ni dato obrante en su poder alguno, porque afirmar esto último implicaría la posibilidad de atentar contra otros bienes jurídicos que deben gozar también de la debida protección normativa¹⁸.

Finalmente, tampoco puede afirmarse que la transparencia signifique que las actividades desempeñadas por los sujetos obligados a ser transparentes por una disposición específica (u otros asuntos que puedan ser conocidos por estar relacionados o vinculados con las mismas), deban ser totalmente claras y no puedan arrojar ambigüedad alguna, fundamentalmente por dos razones:

- a) La transparencia es incapaz de aclararlo todo y, por ello, no puede asegurarse que, a pesar de que la misma lata, la ambigüedad muera, ya que pueden sobrevivir algunos interrogantes.
- b) La ininteligibilidad del Derecho para la mayoría de personas no familiarizadas con el mundo jurídico no es un secreto copioso, de tal modo que, si se asociara la transparencia a la claridad absoluta, en el sentido de que la misma no arrojara duda alguna al ciudadano común (o a quien la disposición determinara), tendríamos ambos problemas, ya que el fruto de las actuaciones públicas frecuentemente suscita dudas a sus destinatarios externos como consecuencia del uso (y en ocasiones, abuso) del vocabulario técnico y/o por el poco loable empleo de un estilo de redacción enrevesado que a no pocos deja completamente perplejos en más de una ocasión.

De lo expuesto se infiere que la transparencia no se emplea en su literalidad cuando se contempla en el campo jurídico; y que, al mutar, debe ser entendida en un sentido parecido al ordinario que, independientemente de la disposición que la contemple, a nuestro juicio, parece caracterizarse por lo siguiente:

¹⁸ A un ejemplo tan poco ingenioso como lo son los datos sanitarios nos remitimos. Si estos pudieran ser accesibles a cualquiera, se negaría reiteradamente el derecho fundamental a la intimidad de las personas, vulnerando de este modo la norma suprema, a la par que otra legislación vigente como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal –en adelante, LOPD– y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

- Primero, porque supone que los sujetos que puedan, en virtud de lo previsto en una norma (toda persona, el interesado en un procedimiento, el cliente de una sucursal bancaria...), deben poder ver, conocer, en determinadas ocasiones (no siempre y en todo caso) algunos asuntos (los que la norma permita) relacionados directa o indirectamente con las actividades¹⁹ que realizan los sujetos que la norma determine (la Administración pública, un poder adjudicador, un banco...).
- Segundo, porque el conocimiento anterior puede obtenerse a través de la información (dada de oficio y/o adquirida a instancia de parte, según prevea la norma), que actúa como el reflejo de un espejo, como un medio que puede hacer visible lo que sin la misma sería invisible para los sujetos a los que la norma permite acceder a ciertos conocimientos.
- Tercero, porque el acceso a dichos conocimientos está limitado explícita o implícitamente en la norma que lo contemple, de tal modo que, plasmado sea de una forma colorista, no puede entenderse la transparencia como una especie de singular espectáculo, ofrecido por los sujetos obligados (ante el público que la misma determine), que finalizaría dejando íntegramente desnudos a los susodichos, sino más bien como un despojo de una parte de la ropa que cubre a los mismos. Así, no está de más puntualizar que no puede asociarse la transparencia a algo todopoderoso que pueda ser capaz de exterminar todas las dudas e inquietudes, de cualquier índole, que puedan surgir en relación a la actividad de los sujetos obligados por una determinada disposición, sino únicamente como algo que debería permitir reducir las mismas en una materia o en un conjunto de materias concretas. Con carácter general, la transparencia no puede arrojar una claridad completa, sino que debe tratar de esquivar, en la medida de lo posible, una opacidad colosal.
- Cuarto y último, porque el hecho de que una norma determinada teóricamente abogue a favor de que cierto colectivo (toda persona, interesados en un procedimiento...) obtenga unos conocimientos (exactamente determinados o sin determinar minuciosamente de modo expreso) en una materia o materias concretas, implica que el legislador busca, en suma, que el colectivo que la disposición señala pueda observar algunos asuntos relacionados con las actividades realizadas por quienes la misma obliga a ser transparentes; y, en última instancia, pueda confiar puntalmente en que las actividades de los sujetos obligados se realizan conforme a Derecho. Se trata, entre otros asuntos, de una palabra que ostenta un marcado carácter «simbólico»²⁰. Así, para que

¹⁹ Al referirnos a la actividad lo hacemos desde una perspectiva sumamente amplia, entendiendo no únicamente la propia actividad en sí misma (por ejemplo, administrativa, empresarial,...), sino también los frutos que se obtienen como consecuencia de la realización de dicha actividad (resoluciones administrativas, contratos...), los medios que permiten su realización (humanos, económicos...) y otros asuntos relacionados directa o indirectamente con la misma (como, por ejemplo, los requisitos académicos que deben cumplir los empleados, estudios estadísticos que se derivan de los mismos...).

²⁰ En ocasiones, ciertas normas con objetivos imprecisos, muy ambiciosas, a veces contradictorias, son dictadas por un legislador perfectamente consciente de que estos no podrán ser alcanzados. Se encuentra aquí la «función simbólica»

las personas no pongan en tela de juicio la actuación de los sujetos obligados a ser transparentes en casos concretos, con carácter general se establecen ciertas previsiones normativas que no tienen otro objetivo sino el de generar confianza en los sujetos obligados, fundamentalmente para intentar evitar sospechas de conductas ilícitas de distintas índoles. Ello no implica que, tal y como ordinariamente sucedería en sentido figurado, los colectivos a los que la disposición hace referencia no sean totalmente cándidos, que se fíen siempre y en todo caso, por completo, de las actividades que realizan los sujetos obligados a ser transparentes. Lo que se procura es únicamente reducir los recelos en ciertos ámbitos en los que actúan los sujetos obligados que, por una razón u otra, generan o pueden generar la aprensión de dicho colectivo. De esta manera, puesto que las actuaciones de los sujetos obligados no pueden ni deben ser cristalinas en su integridad, suponemos que no se busca la confianza ciega y habitual en el sujeto obligado mismo (puesto que pretender su encuentro pecaría de ilusorio en no pocas ocasiones), sino únicamente en algunas de sus actividades que, si se ejecutan de un modo «transparente», quizás puedan generar confianza hacia ese sujeto obligado en un momento dado, pero que no tienen por qué generarla por costumbre.

En virtud de lo expuesto, parece evidente que cuando la transparencia se adopta en el terreno jurídico, hasta el momento y con independencia de la disposición en la que se inserte, debe manifestarse inevitablemente mediante la información. Sin información, el público es invidente y no puede observar de ninguna manera la actividad que realizan los sujetos obligados a ser transparentes. Ello implica, en síntesis, que no puede adquirirse conocimientos en torno a una actividad que sin la anterior desconoce, no puede formularse una opinión crítica que permita «fiscalizar» la misma; y, salvo que uno sea muy crédulo, mucho menos puede confiar en la existencia de la legalidad de ciertas actividades cuando no se trata siquiera de probar que existe²¹. Eso sí, conviene matizar que en cuanto a la información que se puede observar y/u obtener (y, por ello, conocer), los límites al conocimiento anterior, los sujetos que pueden observar y/u obtener dicha información y los sujetos obligados a mostrarla y/o suministrarla pueden ser variables, así como también lo pueden ser las finalidades concretas que se pretende lograr con la introducción de la transparencia en un texto legal. Por lo anterior, se puede afirmar que, pese a que la transparencia posee, con carácter general, una serie de notas características, su definición es inestable, puesto que esta resulta extraerse de su aplicación a un determinado supuesto de hecho. Asimismo, su

del Derecho. También es el caso de normas vacías, meros «manifiestos» destinados a entrar en el mágico circuito de los medios de comunicación, de forma que estos textos normativos sirven de «efectos de anuncio» y no tienen por misión primera ser aplicados. Este podría ser el caso de la regulación sobre la transparencia si no se destinan los recursos y medios necesarios para proceder a su real efectividad y al logro de su objetivo primordial.

²¹ Menos aún actualmente, ya que en noviembre de 2013, la corrupción y el fraude obtenían un despampanante segundo puesto en el ranking de los principales problemas que existían en España según la percepción de los españoles. Centro de Investigaciones Sociológicas (2013): *Estudio número 3005: Barómetro de noviembre de 2013*. [Fecha de la consulta 20 de marzo de 2014]. Disponible en línea. http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3000_3019/3005/Es3005mar.pdf

significado, siendo rigurosos, también lo es, puesto que resulta ser cambiante (en mayor o menor grado) en función de la disposición en la que se inserte el término en cuestión²².

Así, vista su mutación y a falta de definiciones legales expresas contenidas en las normas en las que se inserta, cabe entender que, si bien el operador jurídico puede formularse una idea genérica del sentido que adquiere la transparencia en una disposición concreta, no puede obtener una definición suficientemente precisa que le resulte útil para resolver todos los supuestos en los que puede resultar ser de aplicación, por lo que hemos optado por considerarla un concepto jurídico indeterminado; asunto que implica que el operador jurídico, cuando se encuentre ante un supuesto de hecho al que le resulte de aplicación la transparencia recogida en una norma, en ocasiones, de modo prácticamente indiscutible, sabrá que algo debe ser y por ello deberá concluir que será blanco (transparente) o negro (opaco). No obstante lo anterior, el asunto se le va a complicar (y no precisamente poco) cuando se tope en medio de una escala de grises, porque será en dicho lugar donde deberá discernir si la tonalidad que observa se acerca más al blanco o al negro, y determinar finalmente si es blanca o es negra porque no puede tacharla de gris.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRANSPARENCIA

La naturaleza jurídica que posee la transparencia en Europa constituye actualmente un enigma pendiente de resolver. No existe, por el momento, unanimidad doctrinal en relación a su categorización. De un modo sumamente gráfico, podríamos imaginar varios ríos teóricos (algunos más llenos y otros más vacíos, unos más cortos y otros más largos) en los que cada autor ofrece sus razonamientos para justificar la concepción de la transparencia que, a su juicio, estima cierta (su corriente), pero que desgraciadamente siguen conduciéndonos a un mar de dudas, de incerteza, al no existir un acuerdo doctrinal lo suficientemente mayoritario.

Las posiciones doctrinales europeas resultan ser múltiples, pero afortunadamente pueden ser englobadas, sintéticamente, según SANTINI, en tres principales posturas: para los primeros, la transparencia es una mera palabra metafórica a la que no se le puede dar ninguna definición jurídica; para los segundos, sería un derecho de tercera generación, o bien un principio general que se fundamenta en principios constitucionales; y, para los terceros –que se sitúan en una posición intermedia entre los dos anteriores– la transparencia no constituye un instituto jurídico, sino que es un valor que debe tenderse a realizar²³. Partiendo de que en España, a diferencia de

²² De este modo, y como mero ejemplo ilustrativo, no puede interpretarse de forma idéntica cuando se sitúa en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), donde se contempla expresamente en su artículo 3; que cuando se prevé en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), donde se menciona, entre otros, en sus artículos 1 y 4, 37, 53, 139, 191, 192 y 333, que cuando se establece en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de entidades de crédito (prevista de forma explícita en los arts. 43 y 48); o, inclusive, en la propia LTAIP en la que nos centramos esencialmente en este trabajo.

²³ SANTINI, A. (2004): *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè Editore, pág. 9.

lo que ocurre en Europa, sí que existe cierto consenso doctrinal en torno a su naturaleza, puesto que la doctrina mayoritaria, la legislación vigente y la parca jurisprudencia existente así lo establecen, consideramos que dicha categorización debe ser matizada, pues la aprobación reciente de la LTAIP merece, cuando no obliga, a replantear esta cuestión²⁴.

3.1. LA TRANSPARENCIA COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

Para iniciar este apartado, cabe señalar que no podemos compartir la postura doctrinal que aboga por considerar la transparencia una palabra a la que no se le puede dar definición jurídica. Contemplada por nuestro Derecho interno de forma explícita, tras ella existe definición jurídica. Asunto distinto es que, dada su elasticidad, no permita una definición estándar, y sea más complicado de lo que resulta ser común encontrarla. Sostener que no dispone de ninguna no supondría sino defender disparates varios que podrían culminar en apoyar que cuando las normas obligan a ciertos sujetos a ser transparentes no quieren expresar absolutamente nada; y, por ello, la función de la transparencia no es otra que ser una vanguardista figura fútil que contribuye a decorar el articulado de la norma y nada más. A falta de definiciones legales expresas no puede negarse que, dada su versatilidad, hallar una definición válida de la transparencia constituye en el entorno del Derecho un nudo arduo, sumamente laborioso, de deshacer. La doctrina científica ya ha puesto de relieve la confusión que genera el término señalando que no tiene una definición clara ni concisa²⁵, sino que se trata de un concepto más bien impreciso, ambiguo, de un vocablo de «anchas espaldas»²⁶ cuyo significado es más enigmático que conocido²⁷, de una «palabra mágica»²⁸ que dispone de flexibilidad polisémica²⁹ para adaptarse a múltiples contextos³⁰. Ello

²⁴ Para no generar confusiones innecesarias conviene advertir que dicha reflexión va a realizarse teniendo en cuenta las principales posiciones doctrinales Europeas ya citadas, pero con el escenario español como única referencia, ya que este estudio se centra en la previsión de la transparencia en nuestro Derecho interno y no tiene por objeto el análisis de la transparencia en el seno de la legislación europea.

²⁵ PIRIS, J. C. (2000): «La transparence dans les institutions communautaires», en *Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes*, 1989-1999, Luxemburgo: Cour de Justice des Communautés européennes, pág. 675.

²⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2010): «Procedimientos Administrativos y nuevos modelos de Gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia», en VV. AA., GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, pág. 51.

²⁷ «Todo el mundo está a favor de la transparencia, pero nadie sabe exactamente qué quiere decir con ello», SCHRAM, F. (2002): «Debating Transparency: A Challenge for the Belgian Presidency», en VV. AA., DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?* Maastricht: Instituto Europeo de la Administración Pública, pág. 33.

²⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2010): «Procedimientos Administrativos...», *op. cit.*, pág. 51.

²⁹ LEQUESNE, L. (1998): «La transparence: vice ou vertu des démocraties?», en VV. AA., RIDEAU, J. (dir.), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique?* Paris: LGDJ, pág. 13.

³⁰ La transparencia puede ser usada en contextos de corrupción, desarrollo económico, protección ambiental, gobernanza, mercados financieros, comercio... según MOCK, MOCK, W. (1999): «On the centrality of information law: a rationale choice discussion of information law and transparency», *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol.

ha conllevado que la susodicha haya adquirido un marcado carácter de «concepto-comodín»³¹, de tal modo que puede ser referenciada en disciplinas distintas³², invocada en variopintas situaciones³³, expresarse en múltiples formas³⁴ atender a diversas funciones y/o perseguir varias finalidades³⁵. Dichos pronunciamientos son, a todas luces, sintéticos, una mera muestra de la población objeto de estudio, pero con una lista mucho más extensa se observaría exactamente lo mismo que se puede vislumbrar ahora: que, si bien se desataca su carácter misterioso y mudable, como la definición de la transparencia parece no tener solución, se deja como una incógnita. Ello no resulta de extrañar ya que la transparencia es una palabra dúctil y, por ello, probablemente si nos preguntasen qué es, las respuestas podrían ser dispares, puesto que al no estar expresamente definida legalmente podría dar lugar a interpretaciones en mayor o menor grado distintas y, por ende, a respuestas diversas.

No obstante lo anterior, admitiendo que ello podría ocurrir al realizar una interpretación global de las normas que la contemplan, no debería suceder al realizar una interpretación precisa, cuando la transparencia resulte ser de aplicación a un supuesto de hecho concreto. Si «definir significa determinar o delimitar»³⁶, «la respuesta a la aplicación correcta de un concepto, en un supuesto concreto, presupone la respuesta a lo que significa ese concepto»³⁷ y conlleva la posibilidad de definirla, asunto que entraña una dificultad que no cabe ocultar y que permite obtener una definición que únicamente será válida en referencia al supuesto de hecho en el que haya resultado aplicable el concepto en cuestión, por lo que, a la vez que afirmamos que permite una definición jurídica —que atañe al Derecho o se ajusta a él—³⁸, lamentamos tener que admitir que no podemos ofrecer una definición legal universal, cuando menos no una lo suficientemente rigurosa y útil para que el operador jurídico sepa en todo caso cuándo y cómo debe aplicarla.

17, núm. 2, págs. 1.078-1.079. Así lo dispone también, el jurista español BLASCO DÍAZ. BLASCO DÍAZ, J. L. (2010): «El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa», en VV. AA., GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, pág. 126.

³¹ GARCÍA MACHO, R. (2010): «Presentación», en VV. AA., GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, pág. 8.

³² Es usada en la Ciencia Política y de la Administración, la Economía, el Derecho... MOCK, W. (2000): «An Interdisciplinary Introduction to Legal Transparency: A Tool for Rational Development», *Dickinson Journal of International Law*, vol. 18, núm. 2, pág. 294.

³³ Como ejemplo, «puede describir o designar a un tiempo un proceso de toma de decisiones, un método de trabajo interno y de dirección social, o un resultado», BARNÉS VÁZQUEZ (2010): *Procedimientos...*, *op. cit.*, pág. 51.

³⁴ *Ibidem*, pág. 51.

³⁵ SOMMERMANN, K. P. (2010): «La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho», en VV. AA., GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, págs. 18-23.

³⁶ SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación...*, *op. cit.*, pág. 105.

³⁷ *Ibidem*, pág. 32.

³⁸ *Diccionario de la lengua española*, RAE. [Fecha de la consulta: 20 de enero de 2014] <http://lema.rae.es/drae/?val=juridico>

En cualquier caso, si nuestra intención es averiguar el significado de una palabra, podemos optar por formularnos tres tipos de preguntas igualmente válidas: a) *la que atiende a la palabra* (¿qué significa la transparencia?); b) *la que hace referencia al objeto* (¿cómo se llama eso?) y c) *la que aborda la relación que se establece entre la palabra y el objeto* (¿eso se puede llamar transparencia?)³⁹. En consecuencia, si nuestro problema no queda absolutamente resuelto con la opción a) y pretendemos encontrar el significado de un término, deberemos centrarnos en tratar de utilizar las alternativas restantes, más peculiares y complejas, pero no por ello menos efectivas. La necesidad de emplear no únicamente la alternativa convencional, sino también otras opciones más singulares –por lo que aquí nos interesa, la opción c)– para que en ocasiones podamos definir la transparencia, es lo que nos lleva a entender que si «¿Qué es exactamente la transparencia?» es la pregunta, a nuestro juicio la respuesta correcta debería ser «depende del supuesto de hecho al que resulte de aplicación una norma que la contemple». Consideramos, pues, que una solución para aislar el interrogante que supone el significado de la transparencia (y que a su vez permite velar por una correcta aplicación práctica de la misma) es su calificación como un concepto jurídico indeterminado.

En este sentido, pese a que todas las palabras, salvo los números, disponen de un mayor o menor grado de indeterminación⁴⁰, la doctrina administrativista tradicionalmente ha acostumbrado a distinguir los conceptos jurídicos determinados de los indeterminados para terminar haciendo alusión a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Los conceptos jurídicos determinados (la edad de jubilación es a los 67 años, la mayoría de edad es a los 18 años...) ⁴¹ son aquellos cuyo entendimiento y aplicación no ofrece dudas puesto que designan la realidad de forma concreta⁴² y, por ello, permiten una aplicación «mecánica». Los conceptos jurídicos indeterminados (la ruina, el interés público, la ocasión manifiesta de gol...) ⁴³, son conceptos abstractos, cuya definición y aplicación no vienen resueltas «automáticamente» por las normas que los contemplan, de tal modo que deben ser halladas caso por caso⁴⁴. De esta manera, los conceptos jurídicos indeterminados son útiles, en resumen, bien para designar una realidad cambiante o poco conocida, bien para graduar la aplicación de las consecuencias jurídicas⁴⁵.

Nuestro Tribunal Supremo, acorde con lo expuesto, ha definido los conceptos jurídicos indeterminados como «aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de

³⁹ SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación...*, op. cit., pág. 133.

⁴⁰ ALONSO MAS, M.^a J. (1998): *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 276.

⁴¹ TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (2013): *Derecho Administrativo: Parte General*, Barcelona: Atelier, pág. 178.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2008): *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, 14.^a ed., Navarra: Editorial Thomson Civitas, págs. 467-468.

⁴³ TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (2013): *Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 178.

⁴⁴ Las normas que incluyen estos últimos no determinan con exactitud los límites de los mismos, pero resulta evidente que se están refiriendo a un supuesto de la realidad, que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser concretado en el momento de su aplicación. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2008): *Curso...*, op. cit., págs. 467-468.

⁴⁵ ALONSO MAS, M.^a J. (1998): *La solución justa...*, op. cit., pág. 278.

otorgarse alcance y significación a la vista de unos hechos concretos»⁴⁶. Eso es, precisamente, lo que sucede cuando nos topamos con la transparencia. Las normas que la contemplan no nos han brindado una definición precisa porque el legislador es incapaz materialmente de concretar todos los múltiples supuestos en que puede surgir su aplicación⁴⁷. No puede afirmarse en firme que siempre y en todo caso permita una «aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado»⁴⁸, y ello porque «la medida concreta para aplicar la misma a un caso particular no viene resuelta o determinada con exactitud en la norma que la contempla y de cuya aplicación de trata»⁴⁹.

Cierto resulta que a veces el aplicador del Derecho tendrá claro qué es y qué no es transparente, pero en otras será acechado por la duda. Esto último, según señala SAINZ MORENO –y es tesis acogida y recogida por nuestros Tribunales⁵⁰–, se debe a la propia estructura interna del concepto jurídico indeterminado. La referida estructura se acostumbra a plasmar gráficamente mediante tres círculos concéntricos: «el círculo interno traza los límites de la zona de certeza positiva (es seguro que eso puede llamarse transparencia), el círculo externo traza los límites de la zona de certeza negativa (es seguro es eso no puede llamarse transparencia) y entre ambos círculos hay una zona de incertidumbre (si puede o no puede llamarse transparencia dadas las circunstancias que aquí concurren)»⁵¹. Piénsese, por ejemplo, en una solicitud de acceso a la información dirigida a la Administración General del Estado (a posteriori a la entrada en vigor de la LTAIP)⁵². Cuando un sujeto concreto solicite una información determinada, el aplicador del Derecho debe tener claro que tiene, en extracto, tres posibilidades: a) otorgársela por completo –zona de certeza positiva, habrá transparencia–, b) no otorgársela –zona de certeza negativa, no habrá transparencia– o c) concederle el acceso parcial previsto en el artículo 16 de la LTAIP –no sabemos si la habrá o no, porque ni se la conceden en su integridad ni le deniegan el acceso por completo, por lo que eso irá en función de las circunstancias–. Expuesto así, parece que entrada en vigor la norma, la resolución del supuesto será «coser y cantar», pero con carácter general, la realidad es que resolver adecuadamente supuestos de hecho como este entrañará una dificultad enorme para los operadores jurídicos⁵³. Como se ha subrayado con anterioridad, la

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1979 (RJ 1979/4358).

⁴⁷ ESTEVE PARDO, J. (2011): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons, págs. 109-110.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996): «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, pág. 71.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1979): *La lucha...*, *op. cit.*, pág. 34.

⁵⁰ Como ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio del 2000 (RJ 2000/7428).

⁵¹ SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación...*, *op. cit.*, págs. 70-71.

⁵² Un caso de aplicación del derecho de acceso a la información pública, no es sino un caso de aplicación de la transparencia, ya que la información que la materializa no surge de la nada, requiere que sea mostrada de oficio o solicitada a instancia de parte.

⁵³ En este sentido la LTAIP hace referencia a la especialización de las unidades de información (art. 21) y a la formación del personal (disp. adic. séptima). La dificultad que puede conllevar resolver estas solicitudes conlleva la necesidad de que todos los sujetos a los que les resulte de aplicación el derecho de acceso a la información pública cuenten con personas altamente cualificadas en la materia, porque una de las claves para que esta norma no acabe siendo papel mojado es precisamente esta, que el personal encargado de decidir qué puede publicarse y qué no, qué información

transparencia dispone de límites, pero desgraciadamente, esos límites son genéricos, difusos y no nos permiten determinar el alcance exacto de la transparencia sin un supuesto de hecho al que le resulte ser de aplicación. En algunas disposiciones que la contemplan expresamente, sus límites no aparecen expuestos expresamente por lo que los operadores jurídicos deben tener muy presente el ordenamiento vigente y no descuidar los aplicables para evitar vulnerar algún otro bien jurídico protegido⁵⁴ y en otras, como es el caso del artículo 14 de la LTAIP, son demasiado borrosos para poder afirmar que permiten especificar dónde concluye. Y he aquí donde aparecen los problemas para el operador jurídico que deba batallar con o contra la transparencia a la luz de la nueva regulación en la materia. Siguiendo con el ejemplo del derecho de acceso a la información, los casos en los que este sabrá con total seguridad que deberá otorgar el acceso y por ello, aplicarla (zona de certeza positiva del concepto), en el caso de la LTAIP estimamos que serán residuales (por ejemplo, cuando disocie datos personales antes de otorgar información), y los casos en los que no deberá aplicarla (zona de certeza negativa del concepto) serán mucho más frecuentes que en el caso anterior, pero no serán tampoco los habituales (por ejemplo, porque se encuentre con las inadmisiones estipuladas por mandato legal en el art. 18 de la LTAIP). Lo común, para infortunio del operador jurídico, será encontrarse con información que colisiona con mayor o menor intensidad con los límites expresamente (art. 14 LTAIP)⁵⁵ o implícitamente (por ejemplo, 15.2 y 15.3 LTAIP)⁵⁶, previstos como tales en la norma, por lo que estará obligado a realizar una ponderación de los intereses en juego para que, en función de las circunstancias que concurran, pueda o no pueda aplicar la transparencia (zona de duda o incertidumbre).

En este sentido, entendemos que sería sospechoso no hacer alusión alguna a que, durante el procedimiento de elaboración y tramitación de la LTAIP, fueron muy criticados el número de límites previstos. En nuestra opinión, a pesar de que algunos puedan ser objeto de discusión, si la norma se aplica adecuadamente, las letras del abecedario que deban ser empleadas para insertarlos en la norma resulta ser indiferente, más aún cuando los establecidos guardan un parecido estrepitoso con los previstos en el Convenio del Consejo de Europa para el Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio 2009⁵⁷.

puede darse y cuál no; y en consecuencia, si la transparencia puede o no puede ser posible, esté ampliamente preparado para ello. Evidentemente, ello debería requerir el uso de instrumentos de colaboración y entendemos que en la mayoría de ocasiones supondría la voluntad de asumir nuevos gastos, pero si esto no se asume, la eficacia y la efectividad de la norma penden de un hilo muy fino.

⁵⁴ Muy interesante para ilustrarlo resulta la obra de RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M. (2013): *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Madrid: Iustel. En ella, en síntesis, el autor pone de relieve la importancia que supone el conocimiento de los límites, destacando que la transparencia no puede olvidar que existen otros derechos legítimos que hay que proteger.

⁵⁵ A ellos nos referiremos en el apartado 4.2.

⁵⁶ Dicho artículo hace referencia a la protección de datos de carácter personal. También nos referiremos al mismo en el apartado 4.2 de este trabajo.

⁵⁷ La intención de firmar este convenio ya se expone sutilmente en la Exposición de Motivos de la LTAIP, si bien puede haber problemas a la hora de ratificarlo, puesto que, entre otros asuntos, no se menciona expresamente al Gobierno en el ámbito de aplicación subjetivo.

Los límites no son un punto y final a la transparencia, únicamente suponen un mero interrogante que debe ser resuelto de un modo ajustado a Derecho y no al capricho del aplicador jurídico, puesto que los que los conceptos indeterminados permiten, son un margen de intervención del operador jurídico, que no de libertad para determinar el sentido de su intervención⁵⁸. Siendo esto así, en el plano teórico (el práctico ya es otra espinosa historia) no observamos graves problemas con los límites legalmente dispuestos, porque los manifiestamente contemplados por la norma (art. 14) no determinan, de entrada, el alcance de la transparencia. Lógicamente, pueden determinarlo a la vista de unos hechos concretos, pero subráyese que no antes de que el operador jurídico haya resuelto un supuesto de hecho concreto. Si admitiésemos que los límites previstos en la LTAIP determinan inicialmente el alcance de la transparencia o asegurásemos que el amplio catálogo de los mismos vaciará la efectividad del Derecho por completo, ya no haría falta elaborar nada relacionado con la LTAIP que no fuera la necrológica que anunciaría su sepultura inminente. Esto es, la ley ya no nacería enferma ni puntual ni terminal, sino exánime, muerta. Como bien puede uno figurarse, nuestra intención dista de ser la de exterminarla y lapidarla antes de que se produzca el parto (no provocado dada su *vacatio legis*), por lo que cabe seguir insistiendo en la indeterminación del concepto. Así, sin olvidar que los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran presentes en distintas ramas del Derecho, resulta destacable su abundancia en el ámbito del Derecho administrativo, que, por lo que aquí y ahora incumbe, se les aplica lo que se conoce como «la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados», importada de Alemania por GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁹, desarrollada fundamentalmente por SAINZ MORENO⁶⁰ y recogida por primera vez por nuestros Tribunales en Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1964⁶¹. Dicha teoría sostiene, de acuerdo con la doctrina mayoritaria (aunque no unánime)⁶², que: a) los conceptos jurídicos indeterminados no deben ser confundidos con la discrecionalidad administrativa –que implica la libertad de elección entre una pluralidad de soluciones justas–⁶³ ya que, como advertía GARCÍA DE ENTERRÍA, «un error tradicional y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de esta»⁶⁴; b) la aplicación de un

⁵⁸ ARA PINILLA, I. (2004): «Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 21, pág. 113.

⁵⁹ Fue expuesta en una conferencia titulada «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo» pronunciada en la Facultad de Derecho de Barcelona, el día 2 de marzo de 1962 y publicada posteriormente, por primera vez, el mismo año, en la *Revista de Administración Pública*, número 38.

⁶⁰ En una obra de 1976 varias veces ya citada en este trabajo: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*.

⁶¹ ALONSO MAS, M.^a J. (1998): *La solución justa...*, *op. cit.*, pág. 264.

⁶² Por ejemplo, SÁNCHEZ MORÓN considera que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados no excluye la discrecionalidad administrativa. SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994): *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid: Tecnos, pág. 116.

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA (1979): *La lucha...*, *op. cit.*, págs. 35-36.

⁶⁴ *Ibidem*, págs. 34-35.

concepto jurídico indeterminado es un proceso reglado⁶⁵, por lo que su aplicación a una circunstancia concreta no admite más que una solución justa. *Tertium non datur*, «o se da o no se da el concepto, pero no puede darse y no darse al mismo tiempo»⁶⁶; y c) a la vista de que la aplicación de tales conceptos únicamente permite una solución justa y no habilita para escoger entre indiferentes jurídicos, su aplicación puede ser fiscalizada judicialmente⁶⁷ en virtud de lo dispuesto en los artículos 9.1, 24.1 y 106.1 de la CE. No nos encontramos, pues, ante una teoría semántica que pretenda oponer los conceptos jurídicos indeterminados a los determinados, sino con una teoría que nace y sigue viva hoy todavía con la voluntad de solucionar los problemas de aplicación práctica de las normas⁶⁸, problemas que pueden surgir como consecuencia de la indeterminación de los conceptos, por la valerosa razón de que si se desconoce qué significa un término con suficiente precisión y hasta dónde alcanza, sensato resulta que se haga complicado aplicarlo adecuadamente.

Así, debido al no despreciable número de veces en que ha sido incumplida la obligación legal que subyace tras la transparencia —a la introducción de este trabajo nos remitimos—, consideramos que la teoría resulta ser de utilidad, no únicamente porque permite arrojar luz al significado de dicho concepto en las ocasiones que sea paradójicamente opaco, sino también porque debería permitir restringir su incumplimiento desenfrenado dadas las posibilidades de fiscalizar su aplicación por parte de los juzgados y tribunales. Sin entrar en las cuestiones procesales (por su complejidad estimamos que deberían ser analizadas en un trabajo que versara en su integridad sobre esta cuestión), baste apuntar que, siguiendo con el ejemplo de la LTAIP, en el caso del derecho de acceso a la información pública no parece haber, de entrada, tales complicaciones jurídicas para que se pudiera realizar un control pleno⁶⁹, pero lo cierto es que el control de la publicidad activa sí que podría presentar más dificultades (probar la legitimación del demandante, por ejemplo). En todo caso, a pesar de las trabas procesales con las que nos podríamos tropezar por el camino y por infrecuente que resultara a la praxis dicho control (presentimos que sería más residual que común), el susodicho, al entreabrir la puerta a la fiscalización judicial, quizás permitiría reducir (pese a que fuera mínimamente) las decisiones torticeras que surgen y pueden surgir en la materia como consecuencia de una interpretación errónea de la transparencia, o abusiva y desafortunada de los límites genéricos previstos, a la par que podría minimizar los efectos de la deliberada intencionalidad de

⁶⁵ El proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se da o no se da en un caso particular, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad, sino un proceso intelectual, que ha de atenerse, de un lado, a las circunstancias reales que han de calificarse y, de otro, al sentido preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea una y no más. *Ibidem*, págs. 36-37.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2008): *Curso...*, *op. cit.*, págs. 467-468.

⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA (1979): *La lucha...*, *op. cit.*, pág. 38.

⁶⁸ SAINZ MORENO, F. (1976): *Conceptos jurídicos, interpretación...*, *op. cit.*, pág. 212.

⁶⁹ Si que los observamos, en cambio, a la praxis, para que las personas a las que se les haya denegado información demanden en los duros momentos que está atravesando el país, pues acudir al Contencioso Administrativo conlleva asumir varios costes: el demandante requiere de abogado y procurador, debe hacer efectivo el pago de las tasas judiciales, se aventura a la imposición de una condena en costas, etc.

no acatarla (pese a la innegable complejidad que este último hecho entraña). Acorde con la doctrina mayoritaria que se ha ocupado de la indeterminación, los juzgados y tribunales podrían modificar, sustituir, cuando ello fuera posible (no consideramos que siempre lo pudiera ser en esta materia), el criterio de la Administración al interpretar el concepto, así como la «voluntad» de otros sujetos (aplicación indebida de la transparencia), lo que siendo sintéticas, conllevaría algo tan importante como la posibilidad de convertir el «no» en un «sí» o lo que es lo mismo, no perder la fe ni la esperanza en que la condena a la ceguera del público pudiera ser menor⁷⁰.

3.2. ¿ES LA TRANSPARENCIA UN DERECHO?

Explícitamente, no. No puede señalarse que la transparencia sea un derecho subjetivo en sentido estricto⁷¹, ya que el derecho a la transparencia no está recogido de forma tajante en ninguna norma. Eso sí, no puede negarse que como contrapartida de la obligación de determinados sujetos a ser transparentes, existe un derecho implícito de otros sujetos concretos a que esa transparencia sea acatada, por la sencilla razón de que una visión panorámica de la transparencia conlleva a concluir que al amparo de la misma se establecen unas obligaciones de transparencia a unos sujetos A en una disposición Z, para que unos determinados sujetos B dispongan o puedan llegar a poseer unos conocimientos X, en relación con la actividad efectuada por los sujetos A en una materia determinada. Así, a la vez que la disposición Z establece unas obligaciones a los sujetos A de publicar de oficio u otorgar previa solicitud (a instancia de parte) cierta información, propugna, en definitiva, que los sujetos B tienen derecho a adquirir los conocimientos que

⁷⁰ Lógicamente los que recurrirán no serán habitualmente las personas a quienes se les deniegue el acceso, pero hay que tener en cuenta que existen sujetos cuyo trabajo será mejor o peor desempeñado en función de la información que les permitan conocer, de tal modo que, por citar algunos ejemplos –y anticipamos nuestras disculpas por si nos dejamos algún colectivo destacable–, las asociaciones en defensa de intereses colectivos, los periodistas, los escritores y los investigadores quedarían afectados si no admitiésemos la posibilidad de que la aplicación del concepto pudiera ser revisada en vía jurisdiccional, carga que acabaría soportando sobre sus espaldas la propia sociedad civil. La ciencia y la opinión crítica avanzará no únicamente lo que los aplicadores del derecho en vía administrativa (temerosos de otorgar información si no están seguros de poder hacerlo) decidan que avance, sino, además, lo que los jueces y magistrados determinen que debe avanzar.

⁷¹ Un derecho subjetivo existe en la medida en que existe una norma que impone la interrelación entre derecho y deber. Es por ello que utilizamos la expresión «derecho subjetivo» cuando determinada situación de hecho es calificada por el Derecho a su vez de una forma determinada, de la que derivan unas consecuencias concretas: hechos y normas constituirían las condiciones de uso del concepto y, por tanto, las condiciones de la aparición de las consecuencias normativas. El derecho subjetivo hace referencia a la atribución de una facultad o facultades a un sujeto determinado para exigir de otro o de otros unas determinadas conductas. Así, frente al obligado por una norma jurídica, descubrimos siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito por la misma. PÉREZ-LUÑO, A. E. (1997): *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid: Tecnos, págs. 50-51. En este sentido, tal y como afirmaba RECASENS SICHES, «tener un derecho subjetivo» quiere decir que la norma vincula a una situación o a una conducta de un sujeto el deber de un cierto tipo de comportamiento de acción u omisión en otro u otros sujetos. De ahí que lo que se opone o se refiere correlativamente al derecho subjetivo de una persona sea el deber jurídico de otra u otras personas. RECASENS SICHES, L. (1979): *Introducción al estudio del Derecho*, 5.ª ed., México: Porrúa, pág. 144.

pueden obtenerse mediante la publicación o concesión de acceso a dicha información. Afirmando lo anterior, cabe precisar que lo que se ha reconocido expresamente en la LTAIP ha sido un derecho de acceso a la información pública y no un derecho a la transparencia. Nuestros legisladores han optado por definir la información pública en su artículo 13⁷². Ello resulta ser comprensible, más aún, acertado, atendiendo a que reconocer un derecho explícito a la transparencia habría sido una singularidad española muy poco afortunada, puesto que hubiera comportado una enorme inseguridad jurídica cuando, reiterando lo ya expuesto, la transparencia es un concepto jurídico indeterminado, de tal modo que entonces tendríamos reconocido un derecho de cualquier persona a algo que no sabemos a ciencia cierta qué significa, lo que supondría sin atisbo de duda y señalado sea sin eufemismo alguno, un buen berenjenal jurídico.

No obstante lo anterior, si bien reconocer expresamente el derecho de acceso a la información pública y no a la transparencia fue una decisión, en nuestra opinión, adecuada, hay que destacar que el rango ordinario que posee la norma que regula este derecho es más discutible. Esta es la razón por la que la naturaleza del derecho fue ampliamente debatida durante el procedimiento de elaboración y tramitación de la LTAIP. En síntesis, existieron dos principales posturas: de una parte, los que abogaban por su consideración como derecho fundamental⁷³ y por ende, su regulación por ley orgánica, que clavaron la retina en el panorama europeo actual, que tiende a darle rango fundamental al derecho de acceso a la información pública⁷⁴ y, de esta manera, entendieron que, a la luz del artículo 10.2 de la CE, podría considerarse el derecho de acceso a la información pública como fundamental si se anclaba en el contenido del artículo 20.1 d) de la CE⁷⁵; y, de otra⁷⁶, los que señalaron que el derecho debería regularse por ley ordinaria, ya que la regu-

⁷² Según dicho artículo se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título I de la LTAIP, y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

⁷³ Entre ellos, juristas como GUICHOT REINA, E.; SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.; PIÑAR MAÑAS, J. L.; GARCÍA ANÓN, M.ª J. y DE LA NUEZ, E.; asociaciones como Transparencia Internacional, Access Info, los Archiveros Españoles en la Función Pública, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Red de Abogados para la Defensa Ambiental; varios sujetos en la consulta pública electrónica que se habilitó para hacer observaciones al Anteproyecto de Ley, etc. Asimismo, todos los grupos parlamentarios que presentaron enmiendas a la totalidad (Mixto, Vasco, UPyD, Izquierda Plural y CiU) manifestaron la necesidad de considerar el derecho de acceso a la información pública como fundamental.

⁷⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera actualmente que el derecho de acceso a la información se encuentra previsto en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dedicado a la libertad de expresión, artículo en el que decidió anclar el derecho a falta de la existencia en el convenio de un artículo autónomo que regulara el derecho de acceso a la información. Asimismo, el artículo 15 del Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, dio eficacia jurídica a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en el 2000, por lo que a día de hoy, el derecho de acceso a la información en poder de las instituciones comunitarias es un derecho fundamental autónomo. GUICHOT REINA, E. (2011): *Transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo*, Sevilla: Editorial Derecho Global, págs. 30 y 88.

⁷⁵ Reconoce el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

⁷⁶ Entre ellos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y PENADÁS GARCÍA, B. (presidente del CSIC). Por otra parte, el Consejo de Estado y la Agencia Española de Protección de Datos tampoco resaltaron la necesidad

lación del derecho de acceso a la información pública desarrollaba el artículo 105 b) de la CE⁷⁷, derecho que no podía considerarse fundamental a la luz de su situación en nuestro texto constitucional, ya que se encontraba previsto en el título IV de la norma suprema (dedicado al Gobierno y a la Administración) y no en el título I (que se ocupa de los derechos y deberes fundamentales), postura que fue, finalmente, la acogida. En este sentido, pese a que ambas posturas resultan ser completamente respetables, nosotras hubiésemos optado por regular el derecho de acceso a la información pública mediante ley orgánica, fundamentalmente para no situar el derecho de acceso a la información pública en desequilibrio jerárquico con el derecho a la protección de datos de carácter personal, mejorar las garantías del mismo (procedimiento preferente y sumario y posibilidad de recurso de amparo) y reducir la inseguridad jurídica que puede añadirse a la ya existente como consecuencia de la aparición de la legislación motorizada en la materia⁷⁸, asunto francamente preocupante puesto que nuestro ordenamiento jurídico dispone ya de una obesidad descontrolada que, en lugar de contribuir a alimentar, algún día deberíamos pararnos a pensar cómo frenamos.

Para evitar generar confusiones innecesarias, conviene matizar que abogamos por dicha consideración por razones de diversa naturaleza –políticas, sociológicas y jurídicas–, pero que, siendo severas, no consideramos que nuestro texto constitucional reconozca un derecho fundamental al acceso a la información pública, ni en el artículo 105 b) CE, ni tampoco en su artículo 20.1 d)⁷⁹. Aún así, entendemos que se le podría haber otorgado tal naturaleza si esa hubiera sido la voluntad del legislador, porque el derecho de acceso a la información pública, tal y como ha sido regulado en la LTAIP, no aparece en el artículo 20 de la CE, pero tampoco lo hace en el artículo 105 b) de la CE, puesto que lo que la LTAIP reconoce no es un derecho de los ciudadanos a acceder a los ar-

de que el derecho fuera fundamental, y el grupo parlamentario popular fue siempre partidario de no considerarlo fundamental.

- ⁷⁷ Dispone que la ley regulará el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos salvo en lo que afecte a la intimidad de las personas, la seguridad nacional y la defensa del estado y la averiguación de delitos.
- ⁷⁸ Por el momento y con posterioridad a la aprobación de la LTAIP, ya han sido aprobadas dos leyes autonómicas, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; y, la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja. A ello cabe sumar las Ordenanzas municipales que también han surgido en la materia con posterioridad a la aprobación de la LTAIP: Ordenanza de Transparencia y Libre Acceso a la Información del Ayuntamiento de Zaragoza; Ordenanza de Transparencia y Libre Acceso a la Información del Ayuntamiento de Aranjuez; Ordenanza de Transparencia y Buen Gobierno del Ayuntamiento de Logroño...
- ⁷⁹ Cuando no hacía ni un año de la entrada en vigor de la CE, el Tribunal Supremo dictó una polémica Sentencia el 16 de octubre de 1979, disponiendo que la eficacia del artículo 105 b) quedaba demorada hasta que por ley fuera regulado el derecho. La citada sentencia desató una discusión doctrinal que puede ser sintetizada en dos principales posturas: de un lado los que entendían que el derecho era directamente aplicable porque lo consideraban parte integrante de un derecho fundamental, en su mayoría del artículo 20 de la CE (derecho a la libertad de expresión), pese a que otros lo conectaron también, además de con el artículo 20 de la CE, con el artículo 23 de la CE (derechos políticos) cuyo máximo exponente fue SAINZ MORENO. La segunda estaría formada por los que entendían que el derecho no tenía eficacia directa hasta que por ley no fuera regulado y su situación en el texto de la norma no permitía su consideración como derecho fundamental, cuyo máximo exponente fue ÁLVAREZ RICO. La discusión en torno a su eficacia no tiene hoy sentido puesto que el precepto fue desarrollado por el artículo 37 de la LRJPAC (en lo que refiere a los archivos de gestión u oficina), pero el debate en torno a su naturaleza fue retomado con la elaboración y tramitación de la LTAIP.

chivos y registros administrativos (en extracto, a los documentos en poder de las Administraciones públicas)⁸⁰, sino un derecho de cualquier persona a acceder a información en manos de varios sujetos, que resulta ser que no son únicamente Administraciones públicas. De esta manera, si puede interpretarse más que extensivamente este precepto, ya que entre un ciudadano y cualquier sujeto hay un abismo⁸¹, dispuestos nuestros legisladores a innovar o si se quiere franquear cortesías innecesarias, a moldear la Carta Magna como mejor convenga, también podría haberse considerado el derecho de acceso a la información pública un medio de difusión de información al que se refiere el artículo 20.1 d) de la CE⁸², más aún teniendo en cuenta que no sería la primera vez que nuestros legisladores crean un derecho fundamental autónomo al entenderlo contenido en un precepto constitucional, porque ilustrativo resulta, como ejemplo, el ingenioso anclaje del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en el artículo 18.4 de la CE⁸³.

Con todo, entendemos que el legislador mantuvo la voluntad inicial de nuestros constituyentes, que no era configurar el derecho de acceso previsto en la norma suprema como fundamental (plástica es su situación constitucional). Sin embargo, creemos que la naturaleza otorgada al derecho no es la más adecuada, ya que una cosa es la presunta intención del constituyente en plena «transición democrática» (entre infinitas comillas) y otra muy distinta, las exigencias de la época actual. La realidad social de aquel momento era una y la de hoy, como resulta comprensible, es otra. La falta de completitud de la CE permite, en este caso concreto, adaptarla a la realidad social del momento sin necesidad de pasar por una reforma agravada (art. 168 CE), que es la exigida para toda modificación/reforma que atañe a los derechos fundamentales. Fue NIETO GARCÍA quien en 1983 ya disponía que «la Constitución no debe ser interpretada con criterios teológicos, sino políticos y jurídicos, que son más realistas»⁸⁴, y atendiendo a razones de índole política, sociológica y jurídica, estimamos que el derecho debería haber sido regulado por ley orgánica. A las razones jurídicas ya expuestas cabe añadir que no dice mucho a favor de la voluntad que tanto se propugna en público a favor de la transparencia del Estado, ni mucho menos contribuye a mejorar la legitimidad del sistema y la confianza en nuestros gobernantes y

⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2011): *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, 7.ª ed., Madrid: Tecnos, pág. 462.

⁸¹ No toda persona posee los derechos políticos previstos en el artículo 23 de la CE y, como tal, no puede ser calificado en rigor como ciudadano.

⁸² En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2012 citada por MESEGUER YEBRA dispone lo siguiente: «aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que los artículos 20.1 d) y 23.1 de la CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos...». En puridad, nuestro Tribunal Supremo no afirmaba en esta ocasión que del artículo 20 de la CE se desprendía un derecho para obtener información en poder de otros sujetos que no fueran Administraciones públicas, pero tampoco lo negaba. MESEGUER YEBRA, J. (2013): *La transparencia en las Administraciones Públicas*, Barcelona: Editorial Bosch, pág. 69.

⁸³ De tan discutible adecuación resulta la regulación efectuada por la LOPD para anclarla en el artículo 18.4 de la CE, que nuestro Tribunal Constitucional dispuso que se trataba de un derecho fundamental autónomo ya que la limitación de la informática era un medio para que el derecho fuera efectivo, pero no el único. Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (RCL 2001\33).

⁸⁴ NIETO GARCÍA, A. (1983): «Peculiaridades jurídicas de la norma Constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pág. 375.

la claridad de sus actuaciones, configurar el derecho de acceso a la información pública como un derecho ordinario, no fundamental, cuando el anteproyecto de esta norma fue sometido a una consulta pública electrónica y entre las peticiones más destacadas, según informe elaborado por el Ministerio de la Presidencia, se encontraba la consideración del derecho de acceso a la información pública como fundamental. Asimismo, una amplia mayoría de los comparecientes en sede parlamentaria abogaron a favor de tal consideración⁸⁵ y, además, todas las enmiendas a la totalidad en el Congreso que rechazaron el texto⁸⁶, lo hicieron, entre otros asuntos, por esta cuestión. En todo caso, al margen de la opción legislativa usada y como mero consuelo, cabe entender que la regulación del derecho de acceso prevista en la LTAIP supone un avance notable, puesto que reforma la regulación general del derecho de acceso, contenida fundamentalmente en el artículo 37 de la LRJAC –que desarrolló el art. 105 b) CE, resulta aplicable por lo que atiende a los archivos de gestión u oficina– y que sigue vigente hasta diciembre de 2014⁸⁷, es sumamente restrictiva, críptica, y ha resultado ser completamente inoperativa y profundamente criticada por la doctrina⁸⁸, ya que, como con total razón señaló PÓMED SÁNCHEZ, «una lectura atenta del precepto arroja el sorprendente resultado de que la regla general resulta ser justamente la negación del derecho y lo excepcional su hipotético ejercicio»⁸⁹.

3.3. ¿ES LA TRANSPARENCIA UN VALOR JURÍDICO?

La transparencia no es un valor jurídico en sentido estricto, hoy en día no está prevista como tal en la CE ni en ninguna otra norma estatal. No es un objetivo que debe perseguir el ordenamiento jurídico en sí, sino más bien un instrumento necesario para intentar lograr otras finalidades que responden, en síntesis, a potenciar la calidad democrática de un Estado. No obstante lo

⁸⁵ GUICHOT, E.; SÁNCHEZ DE DIEGO, M.; DE LA NUEZ, E.; VILLORIA, M.; LIZCANO, J.; DE ANDRÉS, R.; RUIZ, A.; GUTIÉRREZ-RUBÍ, A.; ESCOLAR, I. y BERGARECHE, B.

⁸⁶ Presentaron enmiendas a la totalidad el Grupo Parlamentario Mixto, el Grupo Parlamentario Vasco, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, el Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural y el Grupo Parlamentario catalán (Convergència i Unió).

⁸⁷ Según la disposición final primera de la LTAIP se modifica el artículo 37 de la LRJPAC, pero debemos entender que a día de hoy sigue vigente el artículo 37, dado que el título I de la LTAIP no entrará en vigor, según señala su Disposición Final novena, hasta diciembre de 2014 (un año después del día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado). Asimismo, la ley dispone en idéntica disposición final que las comunidades autónomas y las entidades locales disponen de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las disposiciones de la norma, pero suponemos que a partir de diciembre de 2014 toda persona puede ejercer su derecho de acceso a la información pública según la modificación operada por la LTAIP y no en los términos previstos en la LRJPAC.

⁸⁸ «Los elogios, cuando los ha habido, han sido parcos y proceden, casi siempre, de publicaciones oficiales, lo que hace que deban ponerse entre paréntesis». ÁLVAREZ RICO, I. y ÁLVAREZ RICO, M. (1994): «Derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pág. 474.

⁸⁹ POMED SÁNCHEZ, L. A. (1997): «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 142, pág. 458.

anterior, a pesar que no constituye un valor en sí mismo, puede relacionarse con los valores superiores previstos en el artículo 1.1 de la CE (libertad, justicia, igualdad, pluralismo político)⁹⁰.

La transparencia así considerada en nuestro ordenamiento jurídico no es, pues, un valor superior, pero no se puede negar la existencia de valores jurídicos no superiores que están subordinados materialmente a los superiores, valores que pueden ser jurídico-constitucionales (como puede ser la responsabilidad de los poderes públicos configurada en el artículo 108 de la CE, o infraconstitucionales (como puede ser la buena fe). En este último ámbito podría entrar la transparencia. Al fin y al cabo, la información que debería poder obtener el pueblo a través de la publicidad generalizada que debería ofrecer el aparato público (o, en su caso, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública) debería implicar levantar las barreras impuestas a la libertad de gozar de una opinión pública documentada y crítica, lo que debería elevar la posibilidad del pueblo de emitir su voto en las elecciones generales en el sentido que el mismo creyera realmente oportuno, a hacer uso de sus derechos políticos de forma más meditada, más racional. Asimismo, debería implicar, por lo que a la LTAIP atiende, la ocasión de «cualquier persona» de llevar a cabo una vigilancia constante del aparato público, al permitir que la sociedad civil pudiera solicitar información reiteradamente a los sujetos obligados por la norma a acatar la transparencia, de tal modo que se pudiera fomentar la igualdad (reducir la distancia entre los privilegios del poder y los derechos del pueblo) y la justicia (la aplicación de la transparencia debería poder ser controlada judicialmente); y, ante la imposibilidad de erradicar completamente conductas discriminatorias y/o arbitrarias, cuando menos, podría contribuir, caso de ser debidamente acatada por unos y usada conveniente por otros, a la esperanza de reducir las mismas. En este sentido, el propio Consejo de Estado señaló en su dictamen al Anteproyecto de la LTAIP que en la exposición de motivos de la LTAIP se debería haber hecho referencia expresa a los artículos 1.1, 9.2, 10.2 y 20 de la CE⁹¹, asunto que compartimos parcialmente, ya que, si bien acorde con el mismo entendemos que se debería haber hecho mención expresa del artículo 1.1. de la CE y consideramos que también podría haberse mencionado el artículo 9.3 de la CE dado que es posible que con la combinación de varios factores, la transparencia podría suponer (otra cosa es que termine suponiendo) un revulsivo eficaz para prevenir conductas ilícitas como las prohibidas por el artículo 9.3 de la CE, entendemos que no se haya hecho referencia explícita a los artículos 10.2 y 20 de la CE, ya que, teniendo en cuenta que finalmente se optó por no considerar el derecho de acceso a la información pública como fundamental, la expresa mención de estos artículos hubiera sido una muestra del más tosco cinismo.

⁹⁰ Los valores superiores son los recogidos en textos fundamentales (en nuestro caso en la Constitución), y cumplen, siguiendo a PÉREZ-LUÑO, una triple función: a) fundamentadora del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto; b) orientadora del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; y c) crítica, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. PÉREZ-LUÑO, A. E. (1984): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, pág. 288.

⁹¹ CONSEJO DE ESTADO (2012): «Dictamen en referencia al anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de 19 de julio de 2012». (Disponible en línea). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [Fecha de la consulta: 20 de enero de 2014] <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707>

3.4. ¿ES LA TRANSPARENCIA UN PRINCIPIO?

Actualmente, con carácter general, en el terreno teórico positivista, la transparencia es un principio, un «deber ser» de la Administración. Ya ha llovido mucho desde que parte de la doctrina (SÁNCHEZ MORÓN⁹², POMED SÁNCHEZ⁹³ o MESTRE DELGADO⁹⁴) indicaron que la transparencia era un principio, pero esa naturaleza le han seguido dando un sinfín de juristas españoles hasta la actualidad (como ejemplos, RAMS RAMOS⁹⁵, GARCÍA MACHO⁹⁶, PIÑAR MAÑAS⁹⁷ o CASTELLÀ ANDREU⁹⁸).

Asimismo, idéntica consideración ostenta en virtud de nuestra jurisprudencia⁹⁹ y nuestro ordenamiento jurídico actual estipulado, entre otros¹⁰⁰, en el artículo 3.5 de la LRJPAC que dispone literalmente: «En sus relaciones con los ciudadanos, las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación», principio este último que, pese a su redacción, se ha mostrado de una eficacia ampliamente discutible, pero principio al fin y al cabo, que al igual que otros existentes, como la objetividad, debería determinar el modo de ser y actuar de la Administración española¹⁰¹.

Señalado lo anterior, cabe destacar que, aprobada la LTAIP, la transparencia debería dejar de asociarse solo a un principio para asociarse también a una norma en sentido estricto, pues en la dis-

⁹² SÁNCHEZ MORÓN, M. (1979): «El principio de participación en la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, n.º 89, págs. 200-201.

⁹³ POMED SÁNCHEZ, L. A. (1989): *El derecho de acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid: MAP, págs. 109-117.

⁹⁴ MESTRE DELGADO, J. F. (1998): *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. 2.ª ed., Madrid: Civitas, págs. 50-74.

⁹⁵ RAMS RAMOS, L. (2008): *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, Madrid: Editorial Reus, pág. 211.

⁹⁶ GARCÍA MACHO, R. (2010): «El derecho a la información, la publicidad y la transparencia en las relaciones entre la administración, el ciudadano y el público», en: VV. A.A., GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, pág. 34.

⁹⁷ PIÑAR MAÑAS (2010): «Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario», en VV. AA., GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons, pág. 83.

⁹⁸ CASTELLÀ ANDREU, J. M.ª (2001): *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Barcelona: Cedecs Editorial, págs. 258-230.

⁹⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1988 le atribuye el carácter de denominador común de todos los derechos reconocidos en el artículo 105 de la CE (RJ 1988\4183) y tiene el carácter de principio instrumental al servicio del sistema democrático según Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1984, de 25 de abril (RTC 1984\81).

¹⁰⁰ Por ejemplo, en el artículo 3.2 g) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; en el artículo 4 k) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; artículo 8.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria...

¹⁰¹ BLASCO DÍAZ, J. L. (2010): «El sentido...», *op. cit.*, pág. 128

tinción entre normas en sentido estricto, principios y valores se establece una cadena en la que «mientras que las normas específicas son consideradas como concreciones específicas de los principios, los principios a su vez serían una especificación de los valores, siendo estos caracterizados con mayor abstracción y generalidad»¹⁰². Así pues, la existencia del principio de transparencia se debe a la especificación en un momento determinado del tiempo de un valor derivado y relacionado con los previstos en el artículo 1.1 de la CE, y la aparición a escena de una norma jurídica en sentido estricto no es sino la consecuencia legislativa de especificar con más detenimiento el principio de transparencia, que, en definitiva, mediante una serie de reglas específicas que regirán en este país, envolverán este concepto para darle una forma con un grado de indeterminación menor que el poseía con anterioridad.

4. LA CASA DE CRISTAL QUE SE OBSERVA EN EL PLANO REFLEJADO EN LA LTAIP: PROBLEMAS DE CONSTRUCCIÓN

La transparencia de la actividad pública¹⁰³, y concretamente la de la Administración pública, a menudo se asocia con una metáfora conocida como la casa de cristal¹⁰⁴. Dicha metáfora acarrea la necesidad de que el aparato público, cuya actividad estuviera tejida y trajeada con opacidad, se desnudara parcialmente delante del pueblo, que se levantara el clásico velo del secretismo que a menudo cubre la actividad que este realiza todo lo que fuera posible, para que los ciudadanos pudieran observar qué hay bajo el mismo. En extracto, la transparencia implica que la actividad del poder público, siempre que ello fuera factible, debería poder ser conocida por el público, y esta es la idea central sobre la que parece girar la LTAIP, que ya recuerda en su preámbulo que nuestro aparato público no vive a la sombra, pero que resulta necesario acercarlo más a la luz¹⁰⁵, y que la acción de los responsables públicos debe ser sometida a escrutinio público.

¹⁰² BEA, E. y MARTÍNEZ DE VALLEJO, B. (1994): «Justicia y valores jurídicos», en VV. AA., DE LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 344.

¹⁰³ El título I de la LTAIP lleva por rúbrica «Transparencia de la actividad pública». Siendo estrictos, la titulación otorgada no parece ser muy oportuna, pues se aplica parcialmente a sujetos privados y a públicos y, al margen de las obligaciones impuestas por el articulado, calificar de actividad pública la efectuada por sujetos privados no parece ser muy sagaz.

¹⁰⁴ Se estima que el término fue inicialmente usado por el parlamentario italiano TURANTI en 1908, quien se refirió a la «casa di vetro». Ello según ARENA, G. (1993): «Transparencia administrativa y democracia», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 37, pág. 9. Lo usaron también franceses, pues DEBBASCH se refería a la «maison de verre». DEBBASCH, C. (1990): *La transparence administrative en Europe*, París: Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, pág. 11. En nuestra doctrina se hace referencia a ella todavía, tanto por parte de los políticos (por ejemplo, el vicepresidente de la Junta de Andalucía, Diego Valderas, jugando con la metáfora, aseguraba en febrero de 2014 que «Andalucía será un palacio de cristal con la futura ley») como por parte de la doctrina científica (p. ej. RAMS RAMOS o TRAYTER JIMÉNEZ). RAMS RAMOS, L. (2008): *El derecho de acceso...*, op. cit., pág. 200; TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (2013): *Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 71.

¹⁰⁵ En concreto, se afirma que «En el ordenamiento español ya existen normas sectoriales que contienen obligaciones de publicidad activa para determinados sujetos (...) sin embargo, esta regulación resulta ser insuficiente en la actualidad y no satisface las exigencias sociales y políticas del momento».

4.1. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CASA DE CRISTAL RENOVADA: EL EXTRAÑO NÚMERO DE HABITANTES

Es menester señalar que con la LTAIP nace una «casa de cristal» renovada, en el sentido de que lo que es común es citar esta metáfora en relación con la Administración pública o al aparato público en general. No obstante lo anterior, después de un procedimiento de elaboración y tramitación de la norma que no puede calificarse de fugaz (duró más de un año), que estuvo marcado por algunas gratas novedades (la realización de una consulta pública electrónica que generó 3.683 observaciones, la intervención de varios sujetos en sede parlamentaria) y que fue ampliamente controvertido (543 enmiendas al articulado en el Congreso, 269 en el Senado), nació una ley que teóricamente debería permitir que cualquier persona pudiera observar –y en función del sujeto al que resulte de aplicación la norma, también obtener– información relacionada con los sujetos a los que la LTAIP obliga a ser transparentes. Dichos sujetos no son únicamente las Administraciones públicas, como era la idea inicial de la primera versión de su anteproyecto de ley (opción que quizás hubiera sido más sensata)¹⁰⁶ sino un amplio abanico de sujetos públicos, parapúblicos y privados. Siguiendo a su manera la regla del *follow the money*¹⁰⁷, y un tanto inspirada en la aplicación en círculos del TRLCSP, la LTAIP señala su ámbito subjetivo de aplicación en el capítulo I de su título I. En el artículo 2.1 quedan previstos los sujetos a los que la LTAIP se les aplica «totalmente» (en el sentido que quedan sometidos a los capítulos II –Publicidad Activa– y III –Derecho de Acceso a la Información Pública– del título I. Estos son:

- a) Los que al efecto de la LTAIP son las Administraciones públicas¹⁰⁸.
- b) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.

¹⁰⁶ Lo que señalamos no es la falta de necesidad de que otros sujetos «rindan cuentas» del dinero público que perciben y/o del uso que le dan al mismo. Deben rendirlas. Ahora bien, crear una norma que resulte de aplicación a un sinfín de sujetos de muy diversa naturaleza (los órganos constitucionales, las Administraciones públicas tradicionalmente consideradas y las que no, sujetos para públicos y privados, etc.), a nuestro entender, no supone sino una mezcla explosiva tan arriesgada que tal vez termine conduciendo a una inesperada indigestión. Consideramos que por razones puramente técnicas, hubiera sido más adecuado que dicha ley se centrara en las Administraciones públicas o se limitara su aplicación al sector público. Por lo que atiene al resto de sujetos, podrían haberse incluido previsiones en sus respectivas normativas reguladoras.

¹⁰⁷ DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. (2014): «Ámbito subjetivo de aplicación». En: DE LA NUEZ, E. y TARÍN C. (coord.), *Transparencia...*, *op. cit.*, pág. 89.

¹⁰⁸ Son consideradas Administraciones públicas a efectos de la LTAIP: a) Las Administraciones territoriales –la Administración General del Estado, las Administraciones de las CC. AA. y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, así como las entidades que integran la Administración local–; b) las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, así como las mutuas y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social; c) los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; y, d) las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones públicas o dependientes de ellas, incluidas las universidades públicas.

- c) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de las entidades previstas en el artículo 2.1 de la LTAIP sea superior al 50%.
- d) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en el artículo 2.1 de la LTAIP; y, únicamente, por lo que atiene a sus actividades sometidas a Derecho administrativo.
- e) Los órganos constitucionales y estatuarios¹⁰⁹.
- f) Las corporaciones de Derecho público.

Asimismo la LTAIP señala en su artículo 3 los sujetos que quedan sometidos parcialmente a la LTAIP (es decir, los que únicamente quedan sometidos al capítulo II –Publicidad Activa– del título I, y con ciertas peculiaridades, además). Estos son: a) los sujetos parapúblicos relevantes (partidos políticos, organizaciones empresariales y sindicales) y b) las entidades privadas¹¹⁰ que perciban durante un año determinadas cantidades de fondos públicos¹¹¹.

Finalmente, la LTAIP establece en su artículo 4 los órganos encargados de suministrar información¹¹², que no están sometidos a las obligaciones de los capítulos II ni III, sino que restan únicamente «obligados» a suministrar a las Administraciones, organismos o entidades previstos en el artículo 2.1 toda la información que aquellos les requieran para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la norma¹¹³.

Señalado lo anterior y pese a que va a mantenerse la metáfora inicial, a priori, dadas sus dimensiones, deberíamos plantearnos si más que ante los planos de la construcción de una casa,

¹⁰⁹ La Casa del Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Consejo de Estado, el Banco de España, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, el Consejo Económico y Social y otras instituciones autonómicas análogas.

¹¹⁰ Por ende, personas jurídicas, a la personas físicas no les resulta ser de aplicación.

¹¹¹ Cuando perciban ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tenga carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen, como mínimo, la cantidad de 5.000 euros.

¹¹² Las personas físicas y jurídicas distintas de las previstas en los artículos 2 y 3 que presenten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas. Queda la obligación extendida a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato.

¹¹³ Debe entenderse, como señala FERNÁNDEZ RAMOS, que la «obligación» impuesta se refiere a toda la información generada u obtenida por la persona que ejerce la potestad administrativa o preste el servicio público, y que el resto de información que tenga en su poder no queda sometida a la ley. En todo caso, el artículo es digno de exponerse en un museo, no únicamente porque surge la duda de qué ocurre aparte de nada en el caso de que se nieguen a cumplir con dicha obligación al no disponer la norma medida alguna para sancionar el incumplimiento de una parte; sino también, de otra, porque en el caso de los adjudicatarios de los contratos, la «obligación» de suministrar información se condiciona «a los términos previstos en el respectivo contrato», lo que, válganos la sorpresa y como señaló el Consejo de Estado, permite dejar a la voluntad de las partes la regulación de dicha obligación. FERNÁNDEZ, S. y PÉREZ, J. M. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información...*, op. cit., pág. 92.

estamos tratando de obrar una mansión; puesto que toda persona no tiene únicamente derecho a ver y obtener información relacionada con algunas de las actividades que realiza la Administración pública y el resto del aparato público que deberá vivir dentro —desconocemos todavía si a la praxis lo hará con fines residenciales o exclusivamente turísticos—, sino también a observar la información que, por imperativo legal, deben publicar algunos sujetos parapúblicos y privados. Al margen de la hipertrofia que se observa en el ámbito subjetivo de aplicación y que puede conllevar precisamente lo contrario de lo que pretendían todos los partidarios de un ámbito de aplicación tan desmesurado como el actual, fundamentalmente debido a las innegables dificultades que conllevará su control (recuérdese el refrán «la avaricia rompe el saco»), cabe señalar que la casa aumenta su número de invitados forzosos, pero resulta ser que la finalidad de la casa de cristal es que el público pueda ver, en la medida de lo posible, qué hacen los que en ella habitan para poder fiscalizar su actividad, y ello resulta ser complicado cuando se analizan algunos de los sujetos previstos en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma en relación con las obligaciones de transparencia previstas para los mismos. Así, como ejemplo para escenificar lo anterior, se propugna que se trasladan a vivir a la famosa casa algunos sujetos parapúblicos y privados. No obstante lo anterior, como se verá, opta el diseñador del inmueble por acomodarlos en estancias rodeadas de cortinas más oscuras que translúcidas (bastante opacas si no se pretende negar lo evidente), asunto que impide al público realizar un verdadero escrutinio y que, por ende, supone nada más y nada menos que una creativa y llamativa concepción de la transparencia, puesto que en esta ocasión la misma fundamentalmente se caracteriza por la posibilidad de obtener escasos conocimientos que no pecan de superfluos e, inclusive, de inciertos en varias ocasiones; y que, por consiguiente, no permiten fiscalizar correctamente al público la actividad realizada por los sujetos antes mencionados, ni tampoco generar confianza alguna en que las actividades de los anteriores se desenvuelven de un modo más lícito que torticero, lo que supone nada más y nada menos que un puro sinsentido.

4.2. UNA CASA DE CRISTAL QUE NO PUEDE SER ÍNTEGRAMENTE CRISTALINA: LÍMITES Y EXCLUSIONES

Es menester reiterar que la transparencia no puede ser absoluta; y, por la poderosa razón de que existen otros bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico vigente obliga a proteger, deben fijarse unos límites a la misma¹¹⁴. Como no podía ser de otra manera, la LTAIP no constituye excepción alguna a lo anterior. La casa de cristal no puede permitir que los ojos del pueblo lo observen todo, que se infiltren en todos los rincones de la misma. Esta debe contener algunas ventanas con persianas (límites)¹¹⁵ acompañadas de los órganos competentes pertinentes, que puedan deci-

¹¹⁴ DE LUCAS MARTÍN, J. (1990): «Democracia y transparencia: Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 7, pág. 139.

¹¹⁵ El artículo 14 de LTAIP establece 12 límites genéricos a la transparencia: a) la seguridad nacional; b) la defensa; c) las relaciones exteriores; d) la seguridad pública; e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) las funciones

dir si se suben o se bajan las mismas, y estancias que deben seguir ostentando la categoría de inaccesibles, de secretas, donde los ojos del público no puedan llegar (exclusiones). Tal y como ha sido ya expuesto, los límites previstos expresamente como tales en la norma (art. 14.1) son doce límites genéricos e imprecisos hasta los tuétanos que resultan ser de aplicación tanto por lo que se refiere al derecho de acceso a la información pública como a las obligaciones de publicidad activa. La cantidad de límites dispuestos no parece ser el problema, sino que este radica en aplicarlos como la norma impone, que es de una forma «justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso» (art. 14.2). En este sentido, parece que la LTAIP no ignora la práctica real con la que se resuelven estos asuntos¹¹⁶, por lo que entendemos que lo que dispone en palabras más pulcras y con un grado de indeterminación que parece ser más que habitual a lo largo del articulado de dicha norma¹¹⁷ es que los operadores jurídicos sean prudentes, pero no temerosos. Lo que les ordena es que sean conscientes de que no deben optar por ocultar información por pánico a las consecuencias, sino que deben publicar u otorgar información en la justa medida que puedan hacerlo, después de que, encargados de resolver una solicitud de acceso o de publicar cierta información, hayan realizado una ponderación de los intereses en juego, es decir, valoren la información que debe ser objeto de publicación o acceso y la incidencia que ello podría tener en otros bienes jurídicos que deban ser objeto de protección por su parte. Eso es, que observen si el supuesto de hecho que tienen delante debe terminar formando parte de la zona de certeza positiva del concepto de transparencia o de la negativa.

En relación a las excepciones previstas expresamente en la norma, quedan recogidas en el artículo 18.1, que afecta únicamente al ejercicio del derecho de acceso a la información pública

administrativas de vigilancia, inspección y control; h) los intereses económicos y comerciales; i) la política económica y monetaria; j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en los procesos de toma de decisión; y l) la protección del medio ambiente. Asimismo, a lo anterior hay que añadir otros límites como el previsto para la protección de datos personales en el artículo 15 de la LTAIP, que en algunos de sus apartados (1 y 2) parece tratarse más de exclusiones encubiertas que de otra cosa.

¹¹⁶ Así fue señalado por DE LA NUEZ, E. en su comparecencia para informar en relación al Proyecto de Ley de Transparencia: «Por un tema de cultura administrativa, por un tema de que es más seguro decir que no que decir que sí –y esto es así en nuestra Administración– pasan estas cosas que suelen pasar e invoco un límite en general y hago un motivación de modelo y me quedo tranquilo; porque al final alguien le dará la razón al ciudadano, lo que pasa es que, lamentablemente, y eso entronca con quién es el órgano de revisión, normalmente me tengo que ir al tribunal contencioso para que me den la razón», *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 290 pág. 33. Entendemos que esta es la razón fundamental por la que la norma obliga a publicar todas las resoluciones de las solicitudes de acceso a la información que se dicten cuando sean de aplicación los límites –previa disociación de datos de carácter personal– (art. 14.3), que deben ser motivadas (art. 20.2), medidas que se entiende que se contemplan en la norma, por una parte, para intentar evitar que la motivación sea una mera muestra de la originalidad de la que puede disponer el operador jurídico y, de otra, para que sirvan de guía para las personas que pretendan acceder a determinada información, tratando de hacer un esfuerzo por reducir la inseguridad jurídica que producen los límites contemplados en la LTAIP.

¹¹⁷ El Consejo de Estado, en su dictamen al Anteproyecto de Ley de Transparencia, criticó con dureza la redacción dada al texto. En extracto, calificó su redacción de imprecisa, abarrotada de conceptos jurídicos indeterminados y perturbadora para la seguridad jurídica. Estas observaciones serían igualmente válidas por lo que a la LTAIP se refiere.

(información que tenga carácter auxiliar o de apoyo¹¹⁸, que esté en curso de elaboración o de publicación¹¹⁹, que tenga carácter abusivo o repetitivo¹²⁰, relativa a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración¹²¹; o dirigida a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente¹²²), pero la norma tácitamente recoge otras «encubiertas» (por ejemplo, que no se puede acceder a información de los Órganos Constitucionales o Estatutarios y de las Corporaciones de Derecho público en relación a las actividades de los mismos que no estén sujetas a Derecho administrativo, no se puede solicitar directamente información a los adjudicatarios de los contratos, etc.), por lo que toda solicitud que verse sobre la información anterior quedará inadmitida a trámite mediante resolución motivada.

Por lo demás, es necesario resaltar que la LTAIP por fin coordina el acceso a la información con la protección de datos en su artículo 15, donde se barajan límites y exclusiones de acceso, resultando ser de aplicación tanto a las obligaciones de publicidad activa como al derecho de acceso a la información pública. Este artículo, que fue de los más reformados en relación a su redacción inicial, se puede sintetizar de la siguiente manera: a) si se disocian los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas, la información puede otorgar-

¹¹⁸ Aplicada con carácter extensivo podría poner a la sombra buena parte de la actividad administrativa, tal y como fue oportunamente señalado por GUICHOT REINA. Asimismo, las otras exclusiones que determina este punto no parecen muy acertadas, ya que parecen conllevar que el acceso se permitiera únicamente en referencia a documentos finales. Procedimiento inacabado no es lo mismo que documento inconcluso. Con las debidas cautelas para salvaguardar el interés público, y tal como expusieron RIBÓ MASSÓ y RUIZ SALGADO, el derecho de acceso a la información pública debería permitir el acceso a documentos preparatorios de la decisión, independientemente de que hubiera finalizado o no el procedimiento en cuestión. Ello fue señalado en las comparecencias para informar en relación al Proyecto de Ley de Transparencia, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 254, pág. 20; *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 308, pág. 12 y *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 290, pág. 24.

¹¹⁹ La Ley 27/2006 establece una cautela que hubiera sido interesante que recogiera también este artículo: «la autoridad pública competente deberá mencionar en la denegación la autoridad que está preparando el material e informar al solicitante acerca del tiempo previsto para terminar su elaboración» FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2012): «Comentario de urgencia al anteproyecto de ley de transparencia, información pública y buen gobierno», *Actualidad administrativa*, número 12, pág. 12.

¹²⁰ No consideramos que esto sea razón lógica para inadmitir una solicitud. Si son «repetitivas» tiene una solución tan fácil como repetir la respuesta efectuada y si son «abusivas» por solicitar demasiada información, puede ampliarse perfectamente el plazo previsto para resolver la solicitud.

¹²¹ Expuesto sea de otra manera, si este precepto se interpreta de un modo restrictivo, no viene a ser el aparato público el que debe adaptarse para soportar las cargas adicionales de trabajo necesarias para que cualquier sujeto pueda ejercer su derecho de acceso a la información pública, sino que es el sujeto que tiene reconocido el derecho el que debe adaptarse a la información que tiene en su poder el aparato público, vigilando que ello no le implique una carga como viene a ser la reelaboración, que, interpretada en su literalidad, podría barrar el acceso a una gran cantidad de información.

¹²² «Ver para creer». Primero dispone la norma que no se admitirá a trámite la solicitud cuando se desconozca el competente, pero luego estipula que en tal caso, el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar el órgano que estima competente para resolver. Si la inadmisión se acuerda porque el órgano que lo recibe es incompetente para resolver y supuestamente no conoce al competente para remitirle la solicitud, ¿cómo se supone, fenómenos parapsicológicos al margen, que va a indicar quién es?

se; b) la regla general es que, si la información solicitada contiene datos especialmente protegidos a los que se refiere el artículo 7 (apartados 2 y 3) de la LOPD, incluyéndose los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública del infractor, el acceso se denegará y únicamente se autorizará con el consentimiento expreso del afectado (que deberá ser por escrito en el caso que afecte a los datos previstos en el artículo 7.2 LOPD), pese que hay excepciones¹²³; c) cuando la información solicitada o que debe ser objeto de publicación no contenga datos especialmente protegidos aparecen los problemas: para concluir si la información puede otorgarse o denegarse, el órgano deberá ponderar el interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados que aparezcan en la información solicitada (en particular su derecho a la protección de datos) teniendo en cuenta cuatro criterios que le ofrece la norma para realizar dicha ponderación¹²⁴, que no destacan precisamente ni por la coherencia de su redacción¹²⁵, ni por ser una guía de indiscutible utilidad práctica para el operador jurídico.

En conclusión, cabe dejar claro que la transparencia prevista en la LTAIP no implica que la actividad pública española deba pasar de ser una residencia de madera con algunas troneras y ciertas puertas abiertas a una mansión íntegramente obrada de vidrio, sino que lo que conlleva es que la actividad pública que realizan los sujetos obligados debería tratar de ostentar, siempre y cuando ello fuera posible y en los aspectos que marca la LTAIP, la propiedad clásica de este material, respirar la esencia del cristal con determinados matices, exponer (de oficio) y suministrar (a instancia de parte) la información como regla, y ocultar y denegar dicha información

¹²³ En el caso de los datos especialmente protegidos previstos en el artículo 7.2 de la LOPD, puede garantizarse su acceso si el afectado los hubiera hecho públicos con anterioridad a que se solicitase su acceso. En el caso de los datos especialmente protegidos previstos en el artículo 7.3, se podrá autorizar el acceso si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley.

¹²⁴ Siendo estos los siguientes: a) el menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la LPHE –ley con la que no se coordina adecuadamente–; b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso con fines históricos, científicos o estadísticos –lo que induce a motivar la solicitud de acceso pese a que en virtud del artículo 17 de la LTAIP no sea necesario–; c) el menor perjuicio de los derechos de los afectados en el caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquellos; y d) la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento pudieran afectar a su intimidad o a su seguridad, o hicieran referencia a menores de edad. La norma también dispone que, con carácter general, salvo que prevalezca la protección de datos u otros derechos constitucionales sobre el interés público en la divulgación, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con el funcionamiento, la organización o la actividad pública del órgano, pese a que en este caso también se remite implícitamente a la necesidad de la ponderación de intereses por parte del operador jurídico. Por lo que atiende a los datos «meramente identificativos», según GUICHOT REINA, el reglamento de desarrollo de la LOPD («extralimitándose e invadiendo la reserva de ley») excluyó del concepto de dato personal lo meramente identificativo de las personas físicas en cuanto trabajadores (nombres, apellidos, función, dirección, teléfono...) y los datos de los empresarios individuales en su condición de tales. GUICHOT REINA, E. (2012): «El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, pág. 120.

¹²⁵ Véase al respecto GUICHOT, E. (2014): «Límites a la transparencia y al acceso a la Información». En: VV. AA., GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia..., op. cit.*, págs. 129-142.

como excepción¹²⁶, algo que sin duda resulta ser una bella prédica, pero que no supone poco reto para un país donde no existe todavía una curtida cultura de transparencia y donde las garantías que deberían asegurar la viabilidad de lo anterior son, como se verá, ampliamente cuestionables.

4.3. LOS MATERIALES QUE PRETENDEN ALZAR LA CASA DE CRISTAL Y SUS «GARANTÍAS»: LA PUBLICIDAD ACTIVA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Cuando se pretende levantar una casa (por imaginaria que sea), la misma no puede edificarse de la nada, sino que necesita de unos materiales, del mismo modo que los requiere la construcción de cualquier inmueble. O todos sus responsables trabajan como deben, o la obra no avanza o, por lo menos, no en las condiciones que debería evolucionar y erguirse. O los materiales disponen de calidad suficiente, o las estancias se desploman a trozos tarde o temprano. O tenemos un seguro y/o garantía para combatir los desperfectos, o fácil es imaginarse quién terminará pagando las desorbitadas facturas.

En este sentido, como en teoría lo que se pretende es que «cualquier persona» pueda observar u obtener conocimientos relacionados con los sujetos obligados a ser transparentes y eso únicamente parece ser posible mediante la información, la LTAIP, acorde con la doctrina que se ha ocupado de la cuestión¹²⁷, prevé dos materiales básicos para alzar la casa de cristal: de un lado, la publicidad activa (que implica que los sujetos obligados muestren la información de oficio, bien por imperativo legal, bien porque así lo desean); y, de otro, el derecho de acceso a la información pública (que, en esencia, conlleva que cualquier persona a su instancia pueda solicitar información a los sujetos previstos en el artículo 2.1 de la LTAIP y, por ende, que siempre que ello sea legalmente posible, la información deba suministrarse al solicitante de la misma, o lo que es lo mismo, supone que debe darse a alguien del público, lo que no ha sido publicado). No obstante lo anterior, si bien en la LTAIP aparecen previstos ambos instrumentos, cabe resaltar que por lo que a la transparencia atiende, la redacción enmarañada dada a la LTAIP hace sospechar que ni el legislador siquiera, sabe qué va a hacer con ellos. De su primera lectura se desprende, a priori, que nuestro legislador considera que la casa de cristal se pretende obrar en este país únicamente a base de publicidad activa o, lo que es peor, que el legislador equipara la transparencia a la propia

¹²⁶ Entre otros, PIÑAR MAÑAS, J. L. (2010): «Transparencia y...», *op. cit.*, pág. 100; BLASCO DÍAZ, J. L. (2010). «El sentido...», *op. cit.*, pág. 127; SAINZ MORENO, F. (2004): «Secreto y transparencia», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, pág. 167.

¹²⁷ Por ejemplo, BLASCO DÍAZ, J. L. (2010): «El sentido...», *op. cit.*, pág. 127; PIÑAR MAÑAS, José Luis (2010): «Transparencia...», *op. cit.*, pág. 83, que establecen que la transparencia debería comprender, como mínimo, la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y la ausencia de obstáculos al natural conocimiento. En el mismo sentido, SANTINI, A. (2004): *Il principio...*, *op. cit.*, págs. 132 y 181; MERLONI, C. (2011): «Profile Generale», en *La Trasparenza Amministrativa*, Milano: Giuffrè Editore, pág. 6

publicidad¹²⁸, es decir, que confunde un instrumento al servicio de la transparencia con la propia transparencia, un inmueble con los ladrillos necesarios para alzarlo¹²⁹. No obstante lo anterior, luego parece contradecir su idea anterior (en su preámbulo¹³⁰ y en su propio título I)¹³¹ entendiendo que la transparencia no puede alzarse solo con publicidad pasiva, sino que necesita del derecho de acceso a la información pública. En resumidas cuentas, atendiendo al articulado de la LTAIP se deduce que la construcción de la casa de cristal puede ser interpretada en él de dos maneras: la primera conllevaría entender que la transparencia es una meta a la que se puede llegar únicamente a base de publicidad activa (el legislador entiende que la transparencia se consigue mostrando); y, la segunda, que la transparencia se logra con la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública (el legislador entiende que la transparencia se construye mostrando y ofreciendo la posibilidad de dejar ver lo que no se muestra). Consideramos que ello debe ser interpretado en los términos que indicaremos a continuación:

- a) Por lo que atiene a los sujetos parapúblicos y a las entidades privadas que perciben determinadas cantidades de fondos públicos (art. 3 LTAIP), la LTAIP únicamente les impone obligaciones de publicidad activa, pero no permite que el derecho de acceso a la información pública pueda ser ejercido frente a los mismos. Ello no parece ser muy coherente, puesto que se incluyeron en la ley fundamentalmente para que rindieran cuentas al pueblo de los fondos públicos que perciben. De esta manera, tenemos un problema para fiscalizar su actividad (y para confiar en la licitud de la anterior)

¹²⁸ En su preámbulo se establece, explícitamente, lo que a nuestro juicio supone un error de técnica legislativa, que «la transparencia se articula a la través de las obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas», a lo que hay que añadir que separa la transparencia del derecho de acceso a la información pública en su propio nombre (la ley se titula de «Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno»), en su preámbulo («la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política») y en su objeto (según su art. 1, «esta ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información pública relativa a aquella actividad...»).

¹²⁹ La publicidad es un instrumento, un medio al servicio de la transparencia que permite acceder a la información, pero no el único existente, puesto que para mejorar el conocimiento y ampliar las opciones de acceso al mismo, la transparencia no se da únicamente con la publicidad, sino que puede darse también a través del derecho de acceso a la información. La información que se obtiene a través de estos instrumentos (publicidad activa y derecho de acceso a la información pública) siempre y cuando legalmente se establezcan conjuntamente con las garantías oportunas para tratar de asegurar la eficacia de la exposición y el suministro de la información, son los que hacen posible que la transparencia se construya y se alcance, que se materialice en un Estado. Expuesto sea en términos matemáticos: la transparencia es un resultado.

¹³⁰ «El título I de la Ley regula e incrementa 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.»

¹³¹ Dicho título I lleva por rúbrica «Transparencia de la actividad pública», incluyendo el mismo tres capítulos, el primero de los cuales se dedica a los sujetos obligados a acatar determinadas obligaciones de transparencia, el segundo a la publicidad activa y el tercero al derecho de acceso a la información pública; de lo que se deduce que el título I de la LTAIP establece, por una parte, quién está obligado a acatar obligaciones en materia de transparencia y, de otra, los medios que deben hacer posible esa transparencia.

en el mismo momento en el que una persona tiene dudas en relación a la utilización de dichos fondos, que no le resultan aclaradas por la publicación de la información que por imperativo legal de la LTAIP debe ser objeto de publicación [arts. 6.1 y 8.1 apdos. a) a d) LTAIP], y esta no puede solicitarse, a pesar de que obteniéndola no se atentara contra ningún otro bien jurídico protegido. En todo caso, al margen de las críticas que puede generar esta cuestión, a luz del texto de la LTAIP debe concluirse que la transparencia de esos sujetos debe construirse solo mostrando, puesto que toda persona puede ser conocedora únicamente de la información que se pone a su disposición mediante su publicación, de tal modo que, en este caso, la transparencia solamente dispone de un medio para hacerse efectiva (la publicidad activa), lo que implica que a la vez que se ofrecen conocimientos a «cualquier persona», esos se limitan en exceso, puesto que resulta ser innegable que podrían haber sido mucho más amplios si esa hubiera sido la voluntad del legislador.

- b) En el caso del sector público (art. 2.1 LTAIP), consideramos que no puede concebirse la posibilidad de construir la transparencia únicamente mediante la publicidad, prescindiendo del derecho de acceso a la información pública, por lo que las confusiones que pueda generar dicha cuestión se deben, entendemos, a un error de técnica legislativa¹³².

Como ya ha sido reiteradamente expuesto, cuando la transparencia se inserta en el campo jurídico no puede separarse de la información, siendo esta los ojos que permiten ver al público la actividad que realizan los sujetos públicos. Es la LTAIP en este caso la encargada de poner los ojos en las caras del público y de decidir lo que en principio van a poder ver, precisando a lo largo de su articulado que, en ocasiones, dichos sujetos tendrán una visión prácticamente nítida (por ejemplo, art. 6 LTAIP), en otras borrosa (por ejemplo, art. 16 LTAIP), y en otras no tendrán ninguna (por ejemplo, denegación de información en aplicación de los límites previstos en el art. 14 o inadmisión a trámite de la solicitud en base al art. 18 LTAIP). Por esta razón no se puede afirmar que la transparencia se construye únicamente a través de la información que se obtiene a través de la publicidad activa, cuando se reconoce un derecho de acceso a la información pública que puede ejercerse frente a esos mismos sujetos en el mismo texto. Ello sería completamente irracional, dado que implicaría entender que la LTAIP deja a los sujetos activos («cualquier per-

¹³² La técnica legislativa se interesa principalmente por los aspectos formales de la legislación. Considera que la expresión de un contenido normativo dado debe respetar las exigencias del Derecho, de una parte, y de la comunicación, de otra. También se ocupa de los problemas vinculados con la redacción de los textos legales (inteligibilidad de los textos, terminología, definiciones legales, etcétera). Aborda, por tanto, notablemente, las cuestiones de la estructura de las normas, de la sistemática de los actos legislativos, de la elección del nivel normativo y de la inserción de nuevos textos legales o reglamentarios en el ambiente normativo preexistente. Insiste en señalar las deficiencias «técnicas» de las leyes, y se ha de entender que este adjetivo pretende indicar que no se cuestiona la concreta voluntad «política» que subyace en cada norma, sino el modo en que esta se ha plasmado, la forma y no su contenido. Sobre técnica legislativa puede verse, entre otros, VV. AA., GRETEL (1998): «Curso de Técnica Legislativa», *Cuadernos y Debates*, núm. 14, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

sona») medio ciegos por norma, porque en lugar de darles dos ojos se optaría por la opción de darles solo uno, regulación que podría tildarse hasta de corsaria, que ya se efectúa en el caso de los sujetos parapúblicos y las entidades privadas. De esta manera, el operador jurídico que deba interpretar la transparencia a la luz de la LTAIP debe tener en cuenta que en el caso del sector público, la misma se articula no únicamente a través de la publicidad activa, sino también del derecho de acceso a la información pública, porque si la información se muestra/otorga teóricamente para permitir el escrutinio público y posibilitar que a la luz del mismo se actúe en consecuencia (como propugna el preámbulo de la propia LTAIP), teniendo en cuenta que no toda persona posee las mismas inquietudes y que no toda la información puede ser objeto de publicación, para hablar de transparencia, se entiende que no puede hacerse referencia únicamente a la publicidad, sino también, y siempre que la norma lo permita, a la posibilidad de resolver las dudas que procedan mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Finalmente, cabe resaltar que la LTAIP a la vez que regula los instrumentos con los que se pretende construir la transparencia, se ocupa teóricamente de intentar que estos no nazcan completamente defectuosos, de establecer ciertas garantías. No obstante lo anterior, no puede afirmarse que ellas aseguren precisamente bien la calidad de los materiales que permiten construir la casa de cristal; y, por ello, que la misma pueda alzarse sin complicaciones. En el caso de la publicidad activa, no parece tarea fácil sancionar el incumplimiento de las obligaciones de publicar determinada información, porque después de varias demandas que solicitaban un régimen sancionador que penara su incumplimiento y que fuera aplicado por un órgano independiente, se optó por establecer un artículo 9 en la LTAIP dedicado al control, que estrictamente no supone un régimen sancionador cuya aplicación realizará un órgano independiente, sino un puro espejismo de lo anterior¹³³, por lo que fácilmente predecible resulta la efectividad habitual que podrá tener el mismo por molesta que sea de digerir la realidad. Y, en el caso del derecho de acceso a la información pública, contra su denegación se establece un recurso potestativo creado a tal efecto por la norma (arts. 23 y 24 LTAIP), que tiene carácter sustitutivo de los recursos administrativos convencionales y cabe contra toda denegación de acceso a la información expresa o presunta de los sujetos previstos en el artículo 2.1 [salvo los órganos constitucionales y estatutarios previstos en el artículo 2.1 f), en cuyo caso debe acudir directamente a la vía judicial] y debe presentarse, excepto que las comunidades autónomas creen un órgano específico (art. 24.6 y disp. adic. cuarta LTAIP), ante un órgano colegiado que también supone una llamativa innovación de la LTAIP, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

¹³³ En el caso de la AGE queda claro que, según la LTAIP, el que va a velar por el cumplimiento debido de las obligaciones en materia de publicidad activa será el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Ahora bien, discutible resulta el modo en que podrá hacerlo, porque no parece ser que a este se le otorgue potestad sancionadora alguna a la luz del artículo 38 de la LTAIP en que se señalan sus funciones: adoptar recomendaciones, asesorar, etc. Asimismo, surgen dudas en relación a los otros sujetos obligados, puesto que la LTAIP únicamente dispone que «el incumplimiento grave de las obligaciones de publicidad activa tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora», lo que genera una incertidumbre incuestionable y aplasta a sus anchas a la seguridad jurídica, no únicamente porque a priori desconocemos quién sanciona, sino porque, además, nos preguntamos cómo se va a poder sancionar el «incumplimiento reiterado» si resulta ser que la información debe publicarse «periódicamente» (¿Con qué periodicidad? ¿Diaria? ¿Mensual? ¿Anual?).

(título III de la LTAIP, arts. 33 a 39). La composición y la designación de los miembros del citado Consejo fue ampliamente debatida¹³⁴ y, francamente, resulta ser reprochable, a nuestro entender y en extracto, porque dispone de muy poca representación popular, lo que puede conllevar que corra una tosca suerte parecida a la de la Agencia Estatal de Políticas Públicas y de calidad de los servicios¹³⁵, y termine resultando su utilidad real más que cuestionable a la praxis, por lo que quizás se podría haber atribuido dicha competencia a un órgano ya existente como la actual Agencia de Protección de datos, asunto que no cabe negar que también hubiera tenido sus inconvenientes, pero que, como mínimo, nos hubiera ahorrado la creación de otro nuevo órgano en unos tiempos en los que, expuesto sea sin sutilezas, «no está el horno para bollos». En todo caso, durante el procedimiento de tramitación y elaboración de la norma no fue criticado únicamente el órgano encargado de resolver el recurso, sino también que existiera un «doble silencio negativo» en el sentido de que tanto la solicitud de información como la reclamación ante el Consejo pudieran ser resueltas por medio del silencio negativo en lugar del positivo. No hacer referencia alguna a esta cuestión pecaría quizás de imprudencia, pero lo cierto es que consideramos que este aspecto no merece tales reflexiones, baste señalar que, lógicamente, a efectos teóricos («de cara a la galería») no resulta indiferente establecer uno que establecer otro, pero si somos conscientes de la demoledora realidad práctica, acorde con SANTAMARÍA PASTOR, ponerse a discutir entre uno u otro tiene la misma trascendencia que debatir en relación «al sexo de los ángeles»¹³⁶, de tal modo que la solución por la que ha optado el legislador nos parece igual de adecuada que si hubiera optado por el establecimiento del silencio positivo¹³⁷.

4.4. EL CONTENIDO DE LA CASA DE CRISTAL: LA INFORMACIÓN QUE DEBERÍA PODER SER CONOCIDA POR EL PÚBLICO

Señala MERLONI que la transparencia no es en rigor, un fin en sí mismo, sino un medio que trata de lograr otras finalidades, siendo el legislador el que debe imponer, por norma, el nivel

¹³⁴ Pese a que actualmente la LTAIP únicamente disponga el modo en que se designará su presidente (art. 37). Debemos esperar que el Gobierno dicte el decreto que regule su estatuto para conocer cómo se designaran el resto de sus miembros.

¹³⁵ «Un armatoste más para la creación de empleo parasitario y para premiar militantes fieles con destinos marginales pero dorados –en el buen sentido de bien remunerados e institucionalmente lúcidos– cuya inutilidad pretende disimularse con una retórica de vaciedad difícil de superar (...) todas estas operaciones son, de principio a fin, una burla pesada que hace muy poca gracia a las víctimas». NIETO, A. (2012): *El desgobierno de lo público*, 2.ª ed., Barcelona: Ed. Ariel, págs. 265-266.

¹³⁶ Según SANTAMARÍA PASTOR: «Sinceramente creo que es una discusión superflua. Da lo mismo. Me pongo en la posición del abogado al que va un señor y le dice: Oiga, he pedido una cosa y no me la dan. Defiéndame usted. Aquí pone silencio negativo y en la ley de Navarra pone silencio positivo. Y yo le digo: Tanto da. Es exactamente igual. Primero, porque a usted no le van a dar la información, ni con silencio positivo ni con silencio negativo, y segundo, si quiere conseguir la información, tendremos que ir a un pleito y al final del pleito el juez dirá: denle la información o no se la den», *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 301, pág. 38.

¹³⁷ De hecho, la Proposición de Ley de 28 de Junio de 2011, formulada por el mismo grupo parlamentario que presentó el actual proyecto, contemplaba un silencio administrativo con efectos estimatorios.

mínimo de transparencia que a su juicio requiere un Estado, de tal modo que ese nivel mínimo es, evidentemente, heterogéneo como consecuencia del Derecho interno aplicable a los distintos Estados¹³⁸. Mucho se podría debatir entorno al nivel dispuesto en España e inclusive a la técnica legislativa emprada, asuntos que no pecan de ser poco importantes, pero lo cierto es que nuestro problema nuclear, a día de hoy, recae fundamentalmente en la aplicación práctica de una norma que ya hemos resaltado que entraña varias confusiones y dilemas.

Si bien lo que podrá observar u obtener cualquier persona no se puede ni podrá precisar, porque la LTAIP no establece listas cerradas y por ello, el alcance de la transparencia no puede determinarse, sí que resulta necesario añadir una serie de puntualizaciones en relación a la información que se podrá observar u obtener. En este sentido, como ya ha sido expuesto con anterioridad, la transparencia es un resultado al que se puede llegar usando dos canales: el derecho de acceso a la información pública (capítulo III, arts. 12 a 24 LTAIP) y/o la publicidad activa (capítulo II, arts. 5 a 11 LTAIP).

En relación con el derecho de acceso a la información pública, hay que añadir una serie de puntualizaciones esquemáticas:

- a) El procedimiento para el ejercicio del derecho debe iniciarse con la presentación de una solicitud que no tiene por qué motivarse¹³⁹ (art. 17.3), puede presentar «cualquier persona» (art. 12) y debe contener la identidad del solicitante, la información que pretende obtener el mismo (puede solicitar la que buenamente le plazca)¹⁴⁰, una dirección de contacto y la modalidad que prefiere para acceder a la información solicitada (art. 17.2). Dicha solicitud debe dirigirse al titular del órgano o entidad que posea la información (art. 17.1), caso de no ser recibida por este último, el que la reciba deberá remitirla al competente si le conoce e informar al solicitante de esta circunstancia (art. 19.1) o inadmitir motivadamente a trámite la solicitud si le desconoce [art. 18.1 d)].
- b) Si la información solicitada no topa con ninguna de las razones de inadmisión previstas en el artículo 18 a las que ya se ha hecho referencia, la solicitud debe admitirse a trámite.
- c) Admitida a trámite la solicitud, si la información a la que pretende acceder el solicitante obra en poder del órgano al que se dirige pero ha sido elaborada o generada

¹³⁸ MERLONI, C. (2011): «Profile...», *op. cit.*, pág. 6. En este sentido, lo que pretende el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos es tratar de lograr un nivel más homogéneo por lo que a la transparencia se refiere.

¹³⁹ Asunto que será la regla en el derecho comparado, pero que consideramos bastante desafortunado porque el operador jurídico lo tendrá más que complicado para valorar el «interés público o privado superior» (¡otro concepto jurídico indeterminado!) cuando no disponga de la motivación del solicitante.

¹⁴⁰ Si la solicitud no identifica correctamente la información, se le deberá conceder al solicitante un plazo de 10 días para que la concrete y, si no lo hace, se entenderá por desistida su petición (art. 10.2).

íntegramente o mayormente por otro, este debe remitirla a aquel para que decida sobre el acceso (art. 19.4)¹⁴¹.

- d) Durante la tramitación del procedimiento, si la información puede afectar a derechos e intereses de terceros identificados, se les debe conceder un plazo de 15 días para efectuar alegaciones y suspender el procedimiento (hasta que las alegaciones se hayan efectuado o haya transcurrido al plazo para ello), asunto que deberá notificarse al solicitante (art. 19.3).
- e) Se dispone de un mes para resolver y notificar al solicitante y a los terceros afectados la resolución, que en determinados supuestos deberá ser motivada¹⁴². Si no se resuelve expresamente rige el silencio negativo (art. 20.4), asunto que no conlleva que (a efectos teóricos, evidentemente) pueda resolverse habitualmente de un modo tácito, dado que la norma dispone que el incumplimiento del plazo para resolver tendrá la consideración de infracción grave a efectos disciplinarios (art. 20.6).
- f) Suponiendo que se conceda el acceso a la información y esta no pueda darse en el momento de la notificación de la resolución (no hace falta motivar las razones), esta deberá otorgarse en un plazo no superior a diez días (art. 22.1), salvo que haya habido oposición de un tercero, en cuyo caso el plazo se alarga considerablemente puesto que cabe restar a la espera que transcurra el plazo para presentar recurso contencioso administrativo o, caso de presentarse, se resuelva favorablemente a los intereses del solicitante (art. 22.2).

En relación con la publicidad activa se hace necesario resaltar tres aspectos:

- a) La información que debe publicarse perceptivamente queda establecida en listas no cerradas, asunto que tiene sus ventajas puesto que puede ser ampliada de una parte, pero también inconvenientes porque hay que advertir que, si se opta por publicar información relevante, pero también, y en mayor grado, por dar publicidad a la superflua (en resumen, si se aboga por no separar el grano de la paja), el público podría quedar «literalmente deslumbrado»¹⁴³.
- b) Por lo que se refiere a la información que la LTAIP impone publicar como mínimo, ha quedado bautizada como «información institucional, organizativa y de planifica-

¹⁴¹ A resaltar que la LTAIP no establece plazo para ello y, además, no obliga a informar de esta circunstancia al solicitante.

¹⁴² Deben ser motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que permitan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero (art. 20.2), caso en el que se deberá indicar expresamente que el solicitante únicamente podrá acceder a la información cuando habiéndose concedido el acceso, haya transcurrido el plazo para los que se opusieron a que la obtuviera interpusieran recurso contencioso administrativo o, presentado este último, se resolviera confirmando el derecho a recibir la información del solicitante de la misma (art. 22.2).

¹⁴³ NIETO, A. (2001): «Deslumbrados por hiperinformación», *Lex Nova: La revista*, núm. 22, pág. 7.

ción» (art. 6), «información de relevancia jurídica» (art. 7) e «información económica, presupuestaria y estadística» (art. 8). Los artículos 6.1 y 8.1 resultan ser de aplicación a todos los sujetos previstos en el ámbito subjetivo de aplicación (arts. 2 y 3), a pesar de que con ciertos matices (arts. 6.2, 8.2, y 8.3) y el artículo 7 únicamente resulta ser de aplicación a lo que a los efectos de la LTAIP son las Administraciones públicas (apdos. a, b, c y d del art. 2.1). En extracto, el art. 6.1 obliga a publicar a los sujetos sometidos total (art. 2) o parcialmente (art. 3) a la LTAIP las funciones que realizan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa (a tal efecto debe publicarse organigrama que identifique los responsables de los órganos y su perfil y trayectoria profesional). Obliga además, a las Administraciones públicas a publicar sus planes y programas anuales y plurianuales (art. 6.2). El artículo 8 obliga a las Administraciones públicas a publicar una relación de los bienes muebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real (art. 8.3). Asimismo, obliga a dar publicidad a los sujetos sometidos total (art. 2) o parcialmente (art. 3) de todos los contratos¹⁴⁴, convenios suscritos¹⁴⁵, subvenciones y ayudas públicas concedidas¹⁴⁶, así como a publicar otra información de carácter económico¹⁴⁷, si bien hay que resaltar que «no es oro todo lo que reluce» y el susodicho artículo resulta mínimamente aplicable a los sujetos parapúblicos y a las entidades privadas del art. 3)¹⁴⁸. Finalmente, el

¹⁴⁴ Con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

¹⁴⁵ Con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

¹⁴⁶ Con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

¹⁴⁷ Presupuestos (con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible de su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas): Cuentas anuales que deban rendirse e informes de auditoría de cuentas y de fiscalización emitidos por los órganos de control externo; retribuciones percibidas por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación del título I, así como las indemnizaciones percibidas, en su caso, por abandono del cargo; resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad de actividades que afecten a los empleados públicos, así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la AGE o asimilados según la normativa autonómica o local; declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales; y la información estadística necesaria para valorar el cumplimiento y calidad de los servicios públicos que ofrecen.

¹⁴⁸ En el caso de los sujetos para públicos y privados (art. 3) únicamente deberán ser objeto de publicación los contratos, convenios y subvenciones o ayudas cuando hayan sido celebrados con Administraciones públicas según dispone el

artículo 7 obliga a las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias a hacer públicas las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o consultas planteadas por particulares u otros órganos en la medida que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; los anteproyectos de ley y los proyectos de decretos legislativos cuya iniciativa les corresponda; los proyectos de reglamentos cuya iniciativa les corresponda; las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos; y los documentos que conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación¹⁴⁹.

- c) Debe tenerse en cuenta que la LTAIP en su artículo 5.1 establece la obligación de un abanico de sujetos, concretamente los previstos en su artículo 2.1 de publicar de forma periódica y actualizada¹⁵⁰ «la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública». Ello constituye otro concepto jurídico indeterminado, ya que no conlleva una libertad de elección entre diversas opciones igualmente justas, porque lo que el legislador le ordena a la Administración no es que se publique cualquier tipo de información, sino únicamente la relevante. Eso, como ejemplo, no queda a la libre elección de la Administración entre varias alternativas igualmente justas –acordes con la norma–, porque una información o es relevante o no lo es, pero no puede ser ambas cosas a su vez, por lo que no resulta igual de lícito publicar una información determinada que debe ser considerada relevante que no hacerlo. De esta manera, entra en juego la posibilidad –que será una rareza, no lo común– de que una persona que en su día ostentara la necesaria legitimación y considerase que la Administración no publica una información concreta que él estimara relevante y que debería, a su entender, ser objeto de publicación, acorde con el artículo 25.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa –en adelante, LJCA–, pudiera demandar perfectamente a la Administración por inactividad si esa fuera su voluntad, demanda que se ampararía en el incumplimiento

artículo 8.2. Asimismo, hay discrepancias entre la doctrina científica por lo que atiene a la aplicación del resto de apartados del artículo 8, HORGUÉ BAENA y FERNÁNDEZ RAMOS parecen entender que a los sujetos previstos en el artículo 3 únicamente restan obligados a publicar lo previsto en el artículo 8.1 apartados a, b y c con el matiz dispuesto en el artículo 8.2, DE LA NUEZ y TARÍN, sin embargo, entienden que a los sujetos previstos en el artículo 3 también le sería de aplicación el artículo 8.1 en sus apartados d, e y f. Si bien el redactado del artículo 8.1 dispone que «los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación...» por lo que a priori parece que algunos apartados podrían ser aplicables a los sujetos del artículo 3, en nuestra opinión, el redactado dado a los apartados d, e y f no parece estar pensado para este tipo de sujetos, sino únicamente por los previstos en el artículo 2.1, de tal modo que a nuestro entender, no les serían de aplicación.

¹⁴⁹ Como se observa, brilla por su ausencia en la norma la necesidad de publicar los resultados de los trámites de información pública y/o consultas que se planteen a ciertos colectivos.

¹⁵⁰ Estimamos que cabe concretar temporalmente en el desarrollo reglamentario que se haga de la LTAIP la frecuencia con la que se publicará y se actualizará la información.

de una obligación legal (la prevista en el artículo 5.1), y que conllevaría la necesidad de que los jueces o magistrados decidieran si esa información en concreto sería relevante o no y, en consecuencia, si la información debería o no debería ser objeto de publicación de oficio por parte de la Administración (lo que no supondría otra cosa sino considerar si debe ser o no ser muestra de transparencia de oficio).

No obstante lo anterior, consideramos que esa demanda podría ser de admisión problemática, puesto que la LJCA exige que, para que las personas estén legitimadas, deben poseer un interés legítimo, dicho interés en este caso sería cuestionable y probarlo se haría sumamente complicado, pues, a diferencia de una denegación del derecho de acceso a la información, en este caso no podemos imaginarnos una situación en la que un demandante se encontrara en una situación jurídica individualizada sino lo contrario, y la estimación del recurso tampoco le produciría un beneficio o perjuicio, porque, al fin al cabo, ante los sujetos previstos en el artículo 2.1 podría ejercer perfectamente su derecho de acceso a la información pública. Ahora bien, queda quizás la esperanza de que sí que puedan demandar los integrantes de los colectivos para la defensa de sus intereses comunes (art. 19 LJCA), puesto que en España existen asociaciones y organizaciones en defensa de la transparencia. En relación con el incumplimiento por parte de otros órganos que no son considerados Administraciones públicas a efectos de la LTAIP, discutible resulta a qué jurisdicción deberían acudir. Se presupone que, si el derecho de acceso a la información puede ser ejercido ante los mismos sujetos y es susceptible de recurso ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, debería recurrirse también ante la misma, pero la ley mantiene silencio en este aspecto, por lo que entendemos que debemos restar a la espera para observar como se resuelve el asunto.

Por lo demás, y prosiguiendo con la publicidad activa, cabe reiterar que a ella también le son aplicables los límites previstos en la LTAIP, de tal modo que antes de publicar determinada información, también debe hacerse una ponderación de los bienes jurídicos en juego o disociar los datos personales contenidos en ella (art. 5.3 LTAIP). Asimismo, tanto la información que debe ser objeto de publicación prevista en el sistema de lista (nos reiteramos, abierta) como la «información relevante» debe publicarse en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web (a tal efecto y por lo que a la AGE se refiere, debe crearse el Portal de Transparencia¹⁵¹), de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables (art. 5.4 LTAIP), destacando que será comprensible, de acceso fácil y gratuito,

¹⁵¹ Contendrá, según el artículo 10 de la LTAIP, toda la información relativa a las actuaciones de la Administración General del Estado a la que se refieren los artículos 6, 7 y 8 de la LTAIP (sistema de lista), se entiende que también «la información relevante», así como la información que se solicite con mayor frecuencia. La información se publicará de acuerdo con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente y se adecuará a los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización según artículo 11 de la LTAIP. En este sentido, a la hora de desarrollar el portal debería tenerse en cuenta una recomendación que efectuó GARMENDIA, G. en su comparecencia parlamentaria para informar en relación al Proyecto de Ley de Transparencia: «Tengan en cuenta cualquier dispositivo, actual o futuro, y no pierdan de vista que debemos estar donde están los ciudadanos: ayer en la web, hoy en el móvil y mañana no lo sabemos», *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 301, pág. 22.

así como que estará también a disposición de las personas con discapacidad (art. 5.5 LTAIP). El dónde lo tenemos claro, el cómo supone un bombardeo de conceptos jurídicos indeterminados que ya veremos cómo se interpretan a la praxis.

5. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES EN TORNO A LA CONSTRUCCIÓN DEL INMUEBLE FÁCTICO

La transparencia es un concepto jurídico indeterminado cuyo mandato legal se incumple reiteradamente, brillando por su ausencia consecuencias jurídicas en este aspecto. La reciente aparición de la LTAIP lo moldea para convertirlo en una casa de cristal singular, siendo más que discutible el certificado de habitabilidad que poseerá y elevando lo que tradicionalmente se ha considerado un principio –y que así seguirá considerándose en múltiples casos– a norma en sentido estricto. Resaltando lo que no constituye ningún secreto, en España no disponemos de una arraigada cultura de transparencia y la verdad es que no hemos observado precisamente un desmesurado afán político para crearla¹⁵². La transparencia exige mostrar (publicidad activa) y dejar ver (derecho de acceso a la información pública). Por lo que atiende a la publicidad activa, un aparato público, parapúblico o privado acostumbrado al secretismo de sus actuaciones posiblemente no va a mostrar si no le obligan estrictamente a hacerlo, puesto que el texto establece un control confuso de discutible y dificultosa aplicación práctica. Asimismo, se olvida el texto de prever la publicación de mucha información que interesa verdaderamente a efectos de escrutinio público (sueldos íntegros de cargos de libre designación, número de cargos de confianza existentes y su titulación, coches oficiales disponibles, informes perceptivos o no, resultados de trámites de información pública, etc.) y que debería considerarse relevante en el caso de los sujetos previstos en el artículo 2.1 porque, si al mirar el público observa cosas que no le interesan lo más mínimo, porque lo que se publica (suponiendo que se haga que ya es ser optimistas) no coincide con lo que la mayoría desea saber, es complicado que el público siga observando y pueda disponer algún día de una opinión crítica que le resulte lo suficientemente útil para actuar en consecuencia. Por otra parte, en relación con el derecho de acceso a la información pública, la LTAIP establece un procedimiento que recuerda a una especie de «gimcana popular». La realidad es que no se molesta ni en intentar asegurar mínimamente que el público disponga de garantías suficientes

¹⁵² El procedimiento opaco en los inicios de su elaboración, la consulta pública electrónica que se evidenció que en realidad era pura farándula, la poca atención que han dedicado en reparar en las racionales exigencias de varios sectores de la sociedad, la cuestionable adecuación de algunos de los comparecientes citados en sede parlamentaria en detrimento de otros (PÓMED SÁNCHEZ, MESTRE DELAGADO, RAMS RAMOS...), la falta de coordinación con otras normas, la previsión en la disposición final del Proyecto que dispone que su entrada en vigor se producirá al año de su publicación –diciembre de 2014– y en el caso de las comunidades autónomas y las entidades locales pueden disponer hasta de dos –es decir, diciembre de 2015–, evidencian que la voluntad política para generar una cultura de transparencia es más teórica que práctica, por lo que donde otros han visto un feto jurídico que cuando vea la luz posibilitará que nuestro aparato público se encuentre generalmente a la claridad del día, nosotros meramente hemos visto un eclipse solar anular. El sol se asoma débilmente... pero la luna le sigue ganando la batalla.

para su correcto ejercicio, a la par que lo sitúa en desequilibrio jerárquico con la protección de datos, no lo coordina debidamente con otras normas¹⁵³ e ignora por completo la mala política de gestión documental de la que disponemos¹⁵⁴, de tal modo que no se intenta ni siquiera que el público realmente pueda observar lo que le plazca (con excepción, evidentemente, de que ello atentara contra otros bienes jurídicos protegidos) ni de mantener debidamente la seguridad jurídica.

Pese a que de la plasmación legal y la posterior aplicación debida de la transparencia, así como de la curiosidad y preocupación de la sociedad de la *res publica* se pueden derivar varias consecuencias¹⁵⁵ que hagan que la transparencia pueda ser considerada una vacuna (el aparato público puede tender a actuar de un modo más lícito que el actual al estar en cierto modo bajo vigilancia)¹⁵⁶, un medicamento (teóricamente se encamina a reducir la hinchada corrupción existente)¹⁵⁷ o, incluso, a una verdadera operación (se puede optar por fomentar el uso de la participación de los ciudadanos en el proceso de elaboración abierto de ciertas decisiones adoptadas por los entes públicos)¹⁵⁸, sin ánimo de ser pesimistas, sino más bien realistas, cabe dejar claro que la transparencia prevista en

- ¹⁵³ La disposición adicional primera relativa a las «Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública» será problemática. En su apartado 2 dispone que «se regirán por su normativa específica, y por esta ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen específico de acceso a la información». Es decir, la ley se reclama básica y supletoria al mismo tiempo y como bien manifiesta GUICHOT, ni aclara cuáles son estas materias específicas a diferencia de lo que hace el artículo 37.6 de la LJPAC (materias que se rigen por su normativa específica), ni exige que la normativa específica esté contenida en una norma con rango ley, lo que a la praxis, puede resultar disgregador del régimen común previsto en la LTAIP. Asimismo, en su apartado 3 dispone que «la ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normativas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización». Surgen dudas como ha señalado GUICHOT, por ejemplo, si se extiende la posibilidad de recurso ante el Consejo, en el caso de denegación de acceso a la información ambiental o no en el caso de ser de aplicación la normativa sobre reutilización o ambiental, o si el silencio negativo regirá también en el caso del acceso a la información ambiental cuando esta última norma mantiene silencio en este aspecto. GUICHOT REINA, E. (2014): *Transparencia y Buen Gobierno: Estudio y Ley*, Madrid: Aranzadi, pág. 14.
- ¹⁵⁴ Rosana DE ANDRÉS informó en su comparecencia para informar en relación al Proyecto de Ley de Transparencia que la eficacia del derecho se tambaleaba, ya que los archivos deben ser valorados para determinar el tiempo que permanecen en cada fase. Actualmente, existen muchos documentos pendientes de valorar por razones de índole interna y de índole externa. Interna porque faltan medios materiales (carencia de metros lineales de estantería o memoria virtual) y humanos (archiveros) en los departamentos, y externa porque la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos que fue creada en 1985 no se constituyó hasta dieciocho años después, tres años después valoró las primeras series documentales y desde 2006 solo se ha reunido diez veces. De esta manera, la futura norma verá la luz con una documentación desorganizada y pendiente de valoración en varios casos, por lo que se evidencia la necesidad de dictar una norma reguladora de la gestión de los archivos tan pronto como sea posible. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 290, págs. 3-4.
- ¹⁵⁵ La mera palabra «transparencia» responde a múltiples aspiraciones. RIDEAU, J. (1999): «Jeux d'ombres et de lumières en Europe», en *La transparence dans l'Union européenne: mythe ou principe juridique?*, Paris: LGJD, pág. 1.
- ¹⁵⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2010): «Procedimientos Administrativos...», *op. cit.*, pág. 51.
- ¹⁵⁷ PIÑAR MAÑAS, J. L. (2010): «Transparencia y...», *op. cit.*, pág. 82.
- ¹⁵⁸ BLASCO DÍAZ, J. L. (2010): «El sentido...», *op. cit.*, pág. 127 y PIÑAR MAÑAS, J. L. (2010): «Transparencia...», *op. cit.*, pág. 83.

la LTAIP no nos asegura (ni de lejos) lo anterior. Lo que la entrada en vigor de la LTAIP debería suponer, en la medida que nuestro legislador ha determinado, debería ser meramente correr (hasta cierto punto, no por completo) la cortina del escenario donde la actividad pública (y en ocasiones, parapública y privada) actúa. Ello debería permitir que toda persona pudiera ver algunos detalles que se esconden en la retaguardia de la representación, lo que hay detrás de esa actividad que se observa (o se intuye) a simple vista. Dar el esperado salto de la «comunicación de servicio» a la «comunicación como servicio»¹⁵⁹, ofrecer a los ojos del público, mediante la información, las correcciones ópticas necesarias para que el mismo (si lo desea) observara todo lo que cabalmente le fuera posible de dicha actividad; hecho que implicaría que la sociedad civil pudiera dejar de estar parcialmente condenada a la miopía abismal que tradicionalmente le ha acompañado¹⁶⁰, pero que, a su vez, no conllevaría que cualquier persona pudiera gozar de una visión completa y nítida de la actividad pública. A fin de cuentas, el legislativo ha estipulado por ley un umbral mínimo de transparencia, ha decidido hasta qué punto desea que sea corregida dicha enfermedad ocular y sus efectos colaterales, pero no ha podido, ni puede, ni podrá, prescribir nunca la extinción de todas las dioptrías existentes en este campo que afectan a los ojos del público. Siendo esto así, la transparencia no implica que la miopía del pueblo pueda llegar a desaparecer sino, por lo que aquí nos concierne, que se han habilitado medidas legales para que la misma pueda ser reducida. El reto ahora supondrá aplicarlas y, además, como la norma ordena y no como al operador le plazca o convenga. Sin más y activada la cuenta atrás, restamos a la espera. Ya veremos, con el paso de los años, si la aplicación de la LTAIP nos permite disfrutar de días soleados parcialmente nublados o si deberemos seguir como ahora, vagando entre la oscuridad de la noche, aullándole a la luna.

Bibliografía

ALONSO MAS, M. J. [1998]: *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ÁLVAREZ MARTÍN, J. A. [2012]: «La futura ley de transparencia ¿Una solución adecuada y creíble?», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5.

ÁLVAREZ RICO, I. y ÁLVAREZ RICO, M. [1994]: «Derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista de Administración Pública*, núm. 135.

ARA PINILLA, I. [2004]: «Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 21.

ARENA, G. [1993]: «Transparencia administrativa y democracia», *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 37.

¹⁵⁹ BLANES, M. Á. (2014): *La transparencia informativa...*, *op. cit.*, pág. 45.

¹⁶⁰ GARCÍA MACHO recuerda que España ha sido tradicionalmente favorable al secreto, a la opacidad de la actuación de sus poderes públicos. GARCÍA MACHO, R. (2010): «El derecho a la información...», *op. cit.*, pág. 41.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. R. [1996]: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. [2010]: «Procedimientos Administrativos y nuevos modelos de Gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia», en VV. AA., GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons.

BEA, E. y MARTÍNEZ DE VALLEJO, B. [1994]: «Justicia y valores jurídicos», en VV. AA., DE LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

BLANES, M. Á. [2014]: *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas*, Navarra: Editorial Aranzadi.

BLASCO DÍAZ, J. L. [2010]: «El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa», en VV. AA., GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la Información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons.

CASTELLÀ ANDREU, J. M.ª [2001]: *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Barcelona: Cedecs Editorial.

DE LA NUEZ, E. y TARÍN, C. [2014]: *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Madrid: Editorial la Ley.

DE LUCAS MARTÍN, J. [1990]: «Democracia y transparencia: Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 7.

DEBBASCH, C. [1990]: *La transparence administrative en Europe*, París: Editions du Centre National de la Recherche Scientifique.

DIARIOS DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (*Comisión Constitucional*), números 254, 290, 301 y 308.

ESTEVE PARDO, J. [2011]: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. [2012]: «Comentario de urgencia al anteproyecto de ley de transparencia, información pública y buen gobierno», *Actualidad administrativa*, n.º 12.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ, J. M.ª [2014]: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Navarra: Editorial Aranzadi.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. [1979]: *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2.ª ed., Madrid: Editorial Civitas.

– [1996]: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. [2008]: *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, 14.ª ed., Navarra: Editorial Thomson Civitas.

GARCÍA MACHO, R. [2010]: «Presentación», en VV. AA., GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons.

– [2010]: «El derecho a la información, la publicidad y la transparencia en las relaciones entre la administración, el ciudadano y el público», en VV. AA., GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons.

- GUICHOT REINA, E. [2011]: *Transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo*, Sevilla: Editorial Derecho Global.
- [2012]: «El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84.
 - [2012]: «El Anteproyecto de Ley de Transparencia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, pág. 30.
 - [2014]: *Transparencia y Buen Gobierno: Estudio y Ley*, Madrid: Aranzadi.
- LEQUESNE, L. [1998]: «La transparence: vice ou vertu des démocraties?» en RIDEAU, J. (dir.), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique?*, París: LGDJ.
- MERLONI, C. [2011]: «Profile Generale» en *La Trasparenza Amministrativa*, Milano: Giuffrè Editore.
- MESEGUER YEBRA, J. [2013]: «La transparencia en las Administraciones Públicas», Barcelona: Editorial Bosch.
- MESTRE DELGADO, J. F. [1998]: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, 2.ª ed., Madrid: Civitas.
- MOCK, W. [1999]: «On the centrality of information law: a rationale choice discussion of information law and transparency», *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 17, núm. 2.
- [2000]: «An Interdisciplinary Introduction to Legal Transparency: A Tool for Rational Development», *Dickinson Journal of International Law*, vol 18, núm. 2.
- NIETO GARCÍA, A. [1983]: «Peculiaridades jurídicas de la norma Constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102.
- [2001]: «Deslumbrados por hiperinformación», *Lex Nova: La revista*, núm. 22.
 - [2012]: *El desgobierno de lo público*, 2.ª ed., Barcelona: Editorial Ariel.
- PÉREZ-LUÑO, A. E. [1984]: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6.ª ed., Madrid: Tecnos.
- [1997]: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid: Tecnos.
- PIÑAR MAÑAS [2010]: «Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario», en VV. AA., GARCÍA MACHO, R. (ed), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons.
- PIRIS, Jean Claude [2000]: «La transparence dans les institutions communautaires», en *Le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, 1989-1999*, Luxemburgo: Cour de Justice des Communautés européennes.
- POMED SÁNCHEZ, L. A. [1989]: *El derecho de acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid: MAP, págs. 109-117.
- [1997]: «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 142.
- RAMS RAMOS, L. [2008]: *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, Madrid: Editorial Reus.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M. [2013]: *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas* (Unión Europea y España), Madrid: Iustel.

RECASENS SICHES, L. [1979]: *Introducción al estudio del Derecho*, 5.ª ed., México: Porrúa.

RIDEAU, J. [1999]: «Jeux d'ombres et de lumières en Europe», en *La transparence dans l'Union européenne: mythe ou principe juridique?*, París: LGJD.

SAINZ MORENO, F. [1976]: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid: Editorial Civitas.

– [2004]: «Secreto y transparencia», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública.

SÁNCHEZ MORÓN, M. [1979]: «El principio de participación en la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, n.º 89.

– [1994]: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid: Editorial Tecnos.

– [2011]: *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, 7.ª ed., Madrid: Tecnos.

SANTINI, A. [2004]: *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè Editore.

SCHRAM, F. [2002]: «Debating Transparency: A Challenge for the Belgian Presidency», en DECKMYN, V. (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Maastricht: Instituto Europeo de la Administración Pública.

SOMMERMANN, K. P. [2010]: «La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho», en GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid: Marcial Pons.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. [2013]: *Derecho Administrativo: Parte General*, Barcelona: Atelier.

VV. AA., GRETEL [1989]: *Curso de Técnica Legislativa*. Cuadernos y Debates, 14, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

VV. AA., GUICHOT, E. [2014]: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos.