

Transparencia y gobierno abierto¹

MIGUEL ÁNGEL BLANES CLIMENT²

*Doctor en Derecho. Letrado de la Diputación
de Alicante. Abogado del Síndic de Greuges
(Defensor del Pueblo) de la Comunidad Valenciana*

- 1. Introducción general**
 - 1.1. ¿Qué es la transparencia?
 - 1.2. ¿Qué es el gobierno abierto?
- 2. Valoración global de la Ley estatal de transparencia y de las leyes autonómicas: aciertos y desaciertos**
- 3. Análisis de las ordenanzas de transparencia de las diputaciones provinciales**
- 4. Medidas de reacción ante el incumplimiento de las leyes y ordenanzas de transparencia**
- 5. Responsabilidad sancionadora, disciplinaria y penal**
- 6. Conclusiones**
- 7. Reflexión final: la inconstitucionalidad de la definición del expediente administrativo**
- 8. Bibliografía**

Resumen

La principal característica de la transparencia y del gobierno abierto es su estrecha e indisoluble vinculación con la esencia de la democracia. La

Artículo recibido el 13/05/2016; aceptado el 15/10/2016.

1. Este trabajo forma parte de la intervención en la V Jornada sobre: “Las diputaciones del futuro”, celebrada el 20 de mayo de 2016 en Ourense, y que fueron organizadas por la Deputación de Ourense y la Fundación Democracia y Gobierno Local.

2. Es autor de la tesis doctoral titulada: “La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa”, publicada por la editorial Thomson-Reuters Aranzadi. <http://www.tienda.aranzadi.es/productos/libros/la-transparencia-informativa-de-las-administraciones-publicas/5940/4294967293>

transparencia es un presupuesto indispensable del Estado de Derecho, en cuanto posibilita el control y la rendición de cuentas en todos los ámbitos de la gestión pública. La democracia sin control no es democracia.

Palabras clave: *transparencia; información; rendición de cuentas; democracia; corrupción.*

Transparency and opened government

Abstract

Transparency and opened government are closely interlinked with democracy. Transparency is a necessary requirement of the rule of law because it allows accountability of public management. Democracy without accountability is not democracy.

Keywords: transparency; information; accountability; democracy; corruption.

1

Introducción general

1.1

¿Qué es la transparencia?

Si algo positivo ha tenido la crisis económica iniciada en 2008, ha sido que los recortes sociales, junto con la aparición de numerosos casos de corrupción, han despertado el interés de los ciudadanos en participar en la gestión de los asuntos públicos y en conocer en qué se gasta el dinero de nuestros impuestos. La ciudadanía exige mayor transparencia a las instituciones públicas, al haber aumentado la desconfianza hacia las mismas.

Todo el mundo habla de transparencia. ¿Qué es exactamente? La característica que mejor define el concepto de transparencia es la estrecha e indisoluble vinculación con la esencia de la democracia³. Constituye, además, un presupuesto indispensable del Estado de Derecho en cuanto

3. Díez SÁNCHEZ, J. J., *Razones de Estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 26.

posibilita el control y la rendición de cuentas en todos los ámbitos de la gestión pública.

Algunos autores hablan ya sin tapujos de que el llamado “derecho a la transparencia” forma parte de la tercera generación de derechos del hombre, y engloba, a su vez, los siguientes derechos⁴:

- a) El derecho a saber: los ciudadanos tienen el derecho a saber qué ocurre en el interior de los poderes públicos que están a su servicio.
- b) El derecho a controlar: si se conoce la actuación de los poderes públicos es posible controlar la legalidad y la oportunidad de las decisiones que se adoptan, pudiendo saber además cómo se utilizan los fondos públicos y cuál es su destino.
- c) El derecho de los ciudadanos a ser actores y no solo espectadores de la vida política: limitar la participación en el ejercicio del poder a votar cada cuatro o cinco años equivale, en opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, a “negar precisamente la esencia democrática misma”⁵. Ello explicaría el desinterés generalizado de los ciudadanos por la vida política y la desafección cada día mayor entre los representantes del pueblo y los representados⁶.

La participación no solo resulta beneficiosa para los ciudadanos, sino también para los poderes públicos. Los primeros consiguen expresar sus opiniones y sugerencias en los proyectos financiados con dinero público, y los segundos obtienen una información valiosa sobre lo que piensan y conocen los distintos sectores especializados de la sociedad civil⁷.

En la actualidad, no hay problema en publicar la información que el ciudadano necesita para pagar impuestos o cumplir con sus obligaciones. Más difícil es conseguir que se publiquen los datos económicos que permitan a los ciudadanos comprobar el destino efectivo de los ingresos obtenidos con los impuestos, para evitar su conocimiento por la opinión pública y, con ello, las críticas sobre posibles casos de despilfarro o corrupción.

4. BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 51.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, p. 104.

6. GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 16.

7. NÚEZ, E. DE LA, “Transparencia y buen gobierno”, en *Foro de la Sociedad Civil*, 2012, disponible en la web: http://forosociedadcivil.org/Resources/file/Temas%20del%20Foro_2.pdf; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016, p. 7.

Nadie discute que quien administra intereses o bienes ajenos debe rendir cuentas de su gestión. Los gobernantes, que gestionan intereses públicos, también deben cumplir con esa elemental y básica obligación.

Pero no es fácil. Ya el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispuso que “la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración”. Y desde entonces, poco se ha avanzado⁸. Sin información no hay conocimiento, y sin conocimiento no hay control alguno, por mucho que formalmente se diga que el sistema es democrático⁹.

1.2

¿Qué es el gobierno abierto?

El gobierno abierto es un modelo que consiste fundamentalmente en abrir la gestión de los asuntos públicos a los ciudadanos a través de Internet, de forma que estos puedan, de una parte, tener un mayor conocimiento, información y control sobre las actuaciones de los políticos y gestores públicos, y de otra, intervenir, colaborar y participar en dicha gestión, recuperando así la proximidad entre la gestión pública y los ciudadanos. Además, ofrece otra importantísima ventaja que es la posibilidad de que las personas puedan exigir una efectiva rendición de cuentas a los gestores públicos¹⁰.

Algunos autores ya han destacado las bondades del gobierno abierto. Se trata de un poderoso instrumento frente a la mala gestión, la corrupción y el despilfarro. La publicación de los presupuestos generales de las entidades públicas en los boletines oficiales no es suficiente. Como advierte DE LA NUEZ, si se analiza la lista de asuntos sobre los que se carece de información relevante y donde hay mayor opacidad –contratación pública, subvenciones, empresas públicas, empleo público–, se verá cómo coincide con las principales causas de la corrupción y del despilfarro¹¹.

8. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponible en la web: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016.

9. KELSEN, H., *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Economica, París, 1998, p. 72.

10. MENDEL, T., *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), 2003, p. 27: “Public bodies must actively promote open government”.

11. NUEZ, E. DE LA, “Transparencia y buen gobierno”, en *Foro de la Sociedad Civil*, Madrid, 2012, disponible en la web: http://forosociedadcivil.org/Resources/file/Temas%20del%20Foro_2.pdf; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016, pp. 5 a 8.

El modelo de gobierno abierto es inconcebible sin Internet. La ingente cantidad de información producida o detentada por las entidades financiadas con ingresos públicos, no contaba con un escaparate al que todo el mundo se pudiera asomar al mismo tiempo para conocer dicha información.

Conviene efectuar algunas aclaraciones. El gobierno abierto no se circunscribe solo a lo que se conoce como administración electrónica. No se trata únicamente de prestar servicios o comunicarse con los ciudadanos a través de Internet, facilitando información cuando se solicita. Cuando se habla de gobierno abierto se está haciendo referencia a la obligación de difundir información de oficio, de forma activa, a través de Internet, tanto en las páginas web como en las redes sociales.

También es importante aclarar el tipo de información a difundir. En ocasiones se habla de gobierno abierto cuando solo se difunde la información que se ha calificado de favorable. Esto no es gobierno abierto. Tampoco cuando se difunde información comercial o datos estadísticos susceptibles de ser reutilizados –por ejemplo, sobre el tráfico o la meteorología–, puesto que en estos casos estamos ante lo que se llama portales de *open data* o “datos abiertos”, en los que el objetivo principal no es la transparencia, sino la reutilización de dicha información por parte de los ciudadanos y, sobre todo, de las empresas.

El gobierno abierto implica mucho más. Impone la obligación de difundir también la información desfavorable o comprometida en relación con los gastos públicos, por ejemplo, el sobrecoste de los contratos, las retribuciones de todo tipo percibidas por los representantes políticos y empleados públicos, los gastos realizados con las subvenciones públicas otorgadas, o las listas de espera existentes para ser operado o acceder a una vivienda de protección pública.

2

Valoración global de la Ley estatal de transparencia y de las leyes autonómicas: aciertos y desaciertos

Con la nueva Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTAIP), nuestro país deja de ser uno de los pocos países europeos que carecía de una ley de transparencia y acceso a la información pública. Sin embargo, España todavía no ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos de 2009¹².

12. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 178.

En la LTAIP el derecho de acceso a la información pública sigue sin ser reconocido como un derecho fundamental; los límites o excepciones siguen siendo muy numerosos, amplios y ambiguos; no están totalmente sujetas las entidades privadas que prestan servicios de interés general, concesionarios o que reciben fondos públicos; el silencio administrativo es negativo; la LTAIP se aplica de forma supletoria en todas aquellas materias que tengan una normativa específica; se contempla una entidad encargada de resolver las reclamaciones que no tiene independencia política –el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno– y, finalmente, lo que en mi opinión es trascendental, no se adoptan medidas para mejorar la protección jurisdiccional del derecho de acceso a la información.

La valoración global de la LTAIP no es positiva. Si bien es cierto que llena el vacío existente respecto a la falta de una ley específica que regule el derecho de acceso a la información pública, no lo es menos que contiene demasiadas insuficiencias para mejorar la transparencia informativa de las entidades públicas o privadas financiadas con fondos públicos¹³.

Por el contrario, una proposición de ley presentada en enero de 2012 por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia resultaba más adecuada, a mi juicio, por reconocer expresamente que el derecho de acceso a la información pública es el derecho fundamental de cualquier persona a solicitar y obtener de forma sencilla, rápida y gratuita toda la información registrada de cualquier forma, elaborada o recibida y en posesión de entidades públicas, y también de las privadas que se benefician de ayudas o fondos públicos o presten servicios públicos¹⁴.

El rasgo positivo que contiene la LTAIP es que introduce por primera vez obligaciones de publicidad activa en la sede electrónica o página web, es decir, se deben publicar determinados datos sin que el ciudadano lo solicite¹⁵.

13. COTINO HUESO, L., “Derecho y ‘gobierno abierto’. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, p. 60. El profesor destaca los principales defectos de la nueva LTAIP: “es censurable que no se regule el acceso a la información como derecho fundamental, las ‘excepciones’ al acceso a la información son excesivas, [...] ni los mecanismos de control y revisión de las denegaciones parecen ágiles. [...] en razón de la disposición adicional primera cualquier regulación especial de acceso a la información, incluso por reglamento, hace que la ley no sea aplicable”.

14. Artículo 2.2 de la “Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción”, presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, n.º 36-1, de fecha 5 de enero de 2012. Disponible en la web: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_036-01.PDF; fecha de consulta: 16 de mayo de 2016.

15. GUICHOT REINA, E., “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, Fundación Alternativas, disponible en la web: <http://www.fundacionalternativas.org/>

Sin embargo, después de analizar todas las intervenciones parlamentarias, resulta desolador comprobar que algunos partidos políticos se negaron a que el derecho de acceso a la información pública fuera reconocido como un derecho fundamental, porque ello implicaría su regulación por ley orgánica y la exclusión de las competencias autonómicas en la materia y, por ende, la imposibilidad de aprobar una ley de transparencia propia¹⁶. De momento, a fecha de mayo de 2016, ya se han aprobado 11 leyes autonómicas¹⁷.

falternativas.org/laboratory/documentos/documentos-de-trabajo/transparencia-y-acceso-a-la-informacion-publica-en-espana-analisis-y-propuestas-legislativas ; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016, p. 60.

16. Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados n.º 117, de fecha 30 de mayo de 2013, p. 26. La vicepresidenta del Gobierno expresó que “si es un derecho fundamental se agota la totalidad porque no puede existir legislación básica, la legislación es completa para garantizar la igualdad. Si es un derecho de otra naturaleza, en ese caso pueden, como se ha hecho en algunas comunidades autónomas, regularlo”. En el mismo sentido, el representante del Grupo Parlamentario Vasco, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de fecha 12 de septiembre de 2013, manifestó que “si el derecho que aquí se consagra fuera un derecho fundamental, no habría ningún resquicio para normativizar o legislar en el ámbito autonómico. Llama la atención que partidos nacionalistas invoquen el carácter de derecho fundamental de lo que aquí se preconiza porque es tanto como abdicar de cualquier tipo de competencia autonómica”. Diario de Sesiones n.º 136, de fecha 12 de septiembre de 2013, p. 30. En esta misma sesión plenaria, el portavoz del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia alertó sobre el riesgo de tener “diecisiete sistemas de transparencia diferentes”.

17. Las leyes autonómicas aprobadas hasta el momento son las siguientes, por orden cronológico: Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra; Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de Murcia; Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública de Canarias; Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, y, finalmente, Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia. En cuanto a las ordenanzas aprobadas por las diputaciones provinciales, destacamos las siguientes: Huelva (http://www.diphuelva.es/portalweb/zonas/33/Ficheros/Transparencia/Secretaria/Reglamentos_y_ordenanzas/ORDENANZA_TRANSPARENCIA_Y_BUEN_GOBIERNO_DIPUTACION_PROVINCIAL_DE_HUELVA.pdf); Granada (<http://www.dipgra.es/documentos/documentos-transparencia/Ordenanza-Transparencia.pdf>); Ourense (<http://www.depourense.es/images/institucional/transparencia/Ordenanza%20transparencia%20catellano.pdf>); Toledo (http://www.diputoledo.es/global/ver_pdf.php?id=15675); Cádiz (http://www.dipucadiz.es/export/sites/default/galeria_de_ficheros/secretaria_general/legislacion/Ordenanza-de-Transparencia.pdf); Castellón (<https://transparencia.dipcvas.es/documents/75355/75487/Ordenanza+de+Transparencia+y+Gobierno+Abierto.odt/337881e8-774a-46a3-ae66-7a28e47aa1a9?version=1.1&targetExtension=pdf>), y la Ordenanza Tipo de Transparencia, Acceso a la Información y Reutilización, aprobada por la FEMP el 27-5-2014 (<http://www.femp.es/files/11-5133-fichero/Ordenanza%20Transparencia,%20Acceso%20y%20Reutilizaci%C3%B3n%20de%20la%20informaci%C3%B3n.pdf>).

Ello está dando lugar a una indeseable “proliferación normativa” que, en mi opinión, complicará de forma relevante el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos, al tener que enfrentarse a la posible aplicación, en su caso, de tres normas –la LTAIP, la correspondiente ley autonómica de transparencia y la ordenanza local–. Todo ello, con independencia de las regulaciones especiales que existan por razón de la materia, contenidas en la normativa sectorial que sea de preferente aplicación: sanidad, educación, servicios sociales, medio ambiente, urbanismo, contratación y función pública, etc.

Dicho esto, vamos a detenernos un momento en examinar algunas de las cuestiones más relevantes de la LTAIP acaecidas durante su tramitación:

a) *Consulta pública:*

El texto del anteproyecto fue sometido a un trámite de consulta pública, para que los ciudadanos pudieran participar presentando alegaciones y efectuando observaciones y sugerencias. En los quince días que estuvo expuesto al público en la página web del Ministerio de la Presidencia, desde el 26 de marzo hasta el 10 de abril de 2012, se recibieron casi 80 000 visitas, y los ciudadanos enviaron más de 3600 contribuciones. Sin embargo, el contenido de las alegaciones no se ha publicado en la página web, ni los ciudadanos han recibido una respuesta expresa a las mismas. Tan solo se ha publicado un extracto o resumen de algunas cuestiones planteadas en dichas alegaciones¹⁸.

b) *Objeciones del Consejo de Estado*¹⁹:

b.1) Tramitación del expediente: se cuestiona que no se haya solicitado el informe del Consejo General del Poder Judicial –artículo 108.1.e) de la LOPJ– ni el de la Fiscalía General del Estado. No consta en el expediente que se haya dado audiencia expresa a las comunidades autónomas, ni se ha recabado el parecer del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en cuyo seno se había constituido un Comité de Expertos al que el Ministerio de la Presidencia encargó la elaboración de un informe sobre el anteproyecto,

18. “Ministerio de la Presidencia”, disponible en la web: <http://www.cepc.gob.es/docs/ley-de-transparencia/aportaciones-ciudadanos.pdf?sfvrsn=0> ; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016. *Vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, p. 235. El profesor destaca que faltó un informe valorativo de las alegaciones, cuando es evidente que un verdadero proceso participativo comporta un diálogo entre las partes, “inexistente en este caso”.

19. “Dictamen del Consejo de Estado de fecha 19 de julio de 2012 sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, disponible en la web: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707> ; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016.

que finalmente no fue evacuado porque dicho Comité dejó de reunirse, y que sin duda habría aportado importantes elementos de juicio.

b.2) Valoración global: debe llamarse la atención acerca del carácter abierto, genérico e indeterminado de muchos de los preceptos del anteproyecto. Ello puede mermar seriamente la eficacia real del derecho de acceso a la información pública. Para que un mandato sea auténticamente obligatorio es necesario prever las consecuencias que en cada caso hayan de derivarse de su incumplimiento.

c) *Sugerencia de la AEPD*²⁰:

El anteproyecto no establece la posibilidad de que la transmisión de la información al solicitante del acceso pueda efectuarse previo procedimiento de disociación, de forma que no sean conocidos los datos personales de las personas a las que se refiera el documento.

d) *Comparecencias de los expertos en la Comisión Constitucional del Congreso*²¹:

Respecto a si el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, el director de la Agencia Española de Protección de Datos declaró: “Si me pregunta si en el momento de elaborar la Constitución debería introducirse como un derecho fundamental, probablemente mi respuesta sería que sí. Ahora bien, si usted me pregunta si con arreglo a la Constitución Española actual es un derecho fundamental, he de decirle que tengo serias dudas”.

El representante del Comité Ejecutivo de Transparencia Internacional España afirmó que, “por mucha transparencia que haya, jamás se podrá eliminar la corrupción. Lo que sí es verdad es que la transparencia hace que la corrupción sea más difícil; hay demasiadas limitaciones al acceso; muchas de las instituciones que en estos momentos no van a ser afectadas por la Ley de transparencia acabarán siéndolo, y me refiero a sindicatos, partidos políticos y a otras muchas instituciones; creo que empezaremos con el silencio negativo y acabaremos en el silencio positivo”.

El presidente de Transparencia Internacional España manifestó que “es necesaria la creación de un portal nacional de transparencia pública, en el que se recoja toda la información de más de 21 000 instituciones públicas que hay en España; no se contempla ningún tipo de infracciones ni de sanciones a políticos y funcionarios públicos por el incumplimiento de las normas de transparencia;

20. “Informe de la AEPD de fecha 5 de junio de 2012 al Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, disponible en la web: http://www.mpr.gob.es/otai/Documents/INFORME_AEPD_REGLAMENTO_LEY_TRANSPARENCIA_07112014.pdf; fecha de consulta: 15 de mayo de 2016, p. 29.

21. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Constitucional, de fechas 23 de enero, 12 de febrero, 20 de marzo, 10, 17 y 24 de abril de 2013.

pedimos que por respeto al ciudadano se intente obligar a la Administración a contestar; y que si no se hace se establezca un sistema de apercibimiento, de multas; la agencia responsable de garantizar el derecho a la información no es independiente; no se reconoce el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental; no se incluye a los partidos políticos entre las entidades sujetas a la Ley de transparencia; sería también importante que se extendiera a los sindicatos, la CEOE y la Casa Real; se habla también de crear una oficina dentro del Defensor del Pueblo”.

El profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla GUICHOT REINA expresó: “Me parece difícil cuestionar a día de hoy que el acceso a la información sobre la gestión pública, que contribuye de forma esencial a la formación de una opinión pública informada, no esté dentro del derecho fundamental a la libertad de información; debe estar incluida la Casa Real y los partidos políticos; la transparencia y el derecho de acceso a la información es un derecho de ciudadanía al servicio de la democracia, no un derecho instrumental; una ley de acceso a la información solo será efectiva si hay un órgano independiente de control; a mi juicio el silencio en esta materia solo puede ser negativo”.

El profesor de Derecho de la Información de la Universidad Complutense de Madrid SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA apuntó que “el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental; para que exista una opinión pública libre es necesario que los ciudadanos puedan acceder directamente y sin cortapisas a la información que se encuentra en manos de los poderes públicos; sujetos obligados, Casa Real; el silencio administrativo debe ser positivo”.

El catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ manifestó: “Estoy absolutamente en contra de reconocer a este derecho de información pública la condición de derecho fundamental; de derechos fundamentales, con los que tenemos, sobra; todo el que maneje dinero público por cualquier título tendrá que dar cuenta de ello; soy absolutamente contrario a la extensión del silencio positivo”.

Finalmente, el también catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid SANTAMARÍA PASTOR expresó: “El artículo 11 que regula los límites al derecho de acceso, me parece que es bastante criticable; ¿cómo se puede garantizar la independencia de la agencia? Prácticamente es misión imposible; hay un choque entre protección de datos y transparencia. Hay que conseguir un equilibrio, pero es muy difícil”.

En mi opinión, en líneas generales –salvo las objeciones planteadas por el Consejo de Estado–, el proceso de participación ciudadana en la elaboración de la nueva Ley de transparencia merece una valoración global positi-

va. El Anteproyecto de Ley se expuso al público para formular alegaciones, y los expertos comparecieron en la Comisión Constitucional del Congreso para expresar sus opiniones y observaciones.

3

Análisis de las ordenanzas de transparencia de las diputaciones provinciales

La primera pregunta que se nos plantea es si es necesario que las diputaciones provinciales aprueben una ordenanza de transparencia²². La respuesta es negativa. No existe una obligación legal. No obstante, es recomendable y conveniente aprobarla para facilitar la aplicación de la Ley estatal de transparencia y, en su caso, de las leyes autonómicas aprobadas. A estos efectos, hay que recordar que algunas leyes autonómicas de transparencia no se aplican a las entidades locales de su ámbito territorial (Castilla y León, Murcia y Galicia).

La situación actual es muy variada. Existen diputaciones que ya tienen sus ordenanzas de transparencia aprobadas, aunque no son la mayoría. Sin ánimo de mencionarlas a todas, destacamos las siguientes: Ourense, Granada, Huelva, Castellón, Toledo y Cádiz.

La Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) aprobó una ordenanza tipo para ambas corporaciones locales, con fecha 27 de mayo de 2014. Este modelo se ajusta a las previsiones de la Ley estatal de 2013, pero ha sido superado por numerosas leyes autonómicas aprobadas posteriormente, que han incrementado las exigencias de transparencia a las entidades locales (por ejemplo, Andalucía, Canarias, Cataluña, Aragón y Valencia).

Otras diputaciones no tienen todavía aprobada una ordenanza de transparencia, pero sí que han aprobado un “Plan de Gobierno Abierto”, en el que, como una medida más de las allí previstas, se contempla dicha aprobación. Es el caso de la Diputación de Valencia y la de Sevilla.

22. “La posición institucional de las diputaciones provinciales a partir de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, en *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, disponible en la web: <http://www.ual.es/personal/jfuentes/idl/reforma/Provinciales.pdf>; fecha de consulta: 10 de mayo de 2016. Se concluye el estudio con esta importante reflexión: “En cualquier caso, con mayor o menor intensidad, las diputaciones provinciales, instituciones con más de doscientos años de vida, han de reinventarse, optar por la modernización y la innovación, así como por ganar visibilidad institucional entre la ciudadanía y demostrar que tienen (o pueden tener) un rendimiento institucional óptimo. Más tarde o más temprano, deberán adecuar su sistema electoral. Pero mientras tanto deberán acreditar eficiencia y resultados. La Ley de racionalización y sostenibilidad les ha abierto un marco indudable de oportunidades. Habrá que observar cómo las utilizan y con qué intensidad. Se juegan mucho en el empeño”.

No obstante, quisiera realizar desde este momento una importante aclaración: el resto de diputaciones que no tienen una ordenanza de transparencia o un plan de gobierno aprobado, no quiere decir que no estén trabajando tanto en su propia transparencia como en la de los pequeños municipios a los que están asistiendo.

Por supuesto, el contenido de todas las ordenanzas aprobadas hasta el momento no es el mismo²³. Algunas no solo se refieren a la transparencia y al acceso a la información, sino también a la reutilización de la información o a la participación ciudadana. Vamos a fijarnos en estos puntos concretamente relativos a la transparencia y al acceso a la información:

a) Forma de organización: algunas ordenanzas han optado por crear una “oficina o unidad responsable de transparencia e información pública”, adscrita a la secretaría general, y a la que todos los demás departamentos de la diputación deben enviar la información. Es el caso, por ejemplo, de la Diputación de Castellón.

La Diputación de Toledo añade que esa unidad responsable está formada por el Registro General y el Servicio de Tecnologías de la Información y la Comunicación. Y la Diputación de Huelva anticipa que por resolución del presidente se determinarán las personas responsables dentro de cada área o servicio.

Por el contrario, en el caso de la Diputación de Granada, la unidad de transparencia no está adscrita a la Secretaría General, sino directamente a la Presidencia, donde se recibirá la información remitida por cada área, delegación y ente de la Diputación.

En otras ordenanzas no se especifica con detalle: la presidencia designará una unidad responsable (Cádiz), y la relación de puestos de trabajo (RPT) dispondrá la existencia de una unidad administrativa responsable (Ourense).

b) Órgano competente para resolver las solicitudes de información: en todas las ordenanzas examinadas, el órgano competente es el presidente de la diputación. En ninguna de ellas se acorta el plazo legal de un mes, ampliable por otro.

c) Información a publicar en la página web: los datos que deben publicarse son muy parecidos en todas las ordenanzas analizadas, con algunas particularidades. Por ejemplo, respecto a los contratos menores, la mayoría opta por su publicación trimestralmente (Castellón, Toledo y Ourense), y

23. MEDINA GUERRERO, M., “La autonomía provincial”, en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 25, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2011, p. 108. Advierte el profesor que “el máximo riesgo para la autonomía provincial proviene de las facultades coordinadoras autonómicas expresamente previstas en los propios estatutos”.

algunas por remitirse a lo que se disponga en las bases de ejecución del presupuesto (Huelva y Granada). Estas dos diputaciones añaden la publicación de las actas de las mesas de contratación, así como un anuncio en el perfil del contratante, al objeto de facilitar la participación de los licitadores en los procedimientos negociados sin publicidad.

d) Asistencia a los municipios: algunas ordenanzas no dicen nada sobre esta cuestión (Castellón, Toledo y Ourense).

La Diputación de Cádiz indica que de la asistencia técnica (jurídica, informática y formativa) se beneficiarán preferentemente los municipios de población inferior a 20 000 habitantes.

Las diputaciones de Huelva y Granada concretan un poco más el objetivo de la asistencia: que cada entidad local disponga de un portal de transparencia individualizado e independiente, con contenidos proporcionados y gestionados de manera autónoma por el personal de cada entidad.

La Diputación de Granada concreta, además, el número de población: serán beneficiarios preferentes de la asistencia los municipios y entidades de población inferior a 5000 habitantes, previa solicitud.

e) Régimen de infracciones y sanciones: la mayoría de las ordenanzas estudiadas contienen más que una mera remisión a la legislación que resulte de aplicación. La Diputación de Ourense detalla unas infracciones referidas a la reutilización de la información, concretando que la potestad sancionadora corresponde al presidente de la Diputación.

Como cuestiones más curiosas que merecen un breve comentario, destacamos las siguientes:

- Las ordenanzas de transparencia de las diputaciones de Toledo y Ourense matizan: “el acceso podrá condicionarse al transcurso de un plazo determinado cuando la causa de denegación esté vinculada a un interés que afecte exclusivamente a la diputación provincial competente”. ¿Cuánto durará ese plazo? ¿Qué tipo de interés? No se concretan.
- Las ordenanzas de transparencia de Toledo y Ourense son las únicas que contemplan la creación de un registro de solicitudes de acceso a la información.
- La Ordenanza de transparencia de Cádiz no se aplica a todas las entidades municipales: “Mediante acuerdo de sus órganos de gobierno, podrán someterse a la presente ordenanza: sociedades mercantiles con capital social superior al 50 %; fundaciones del sector público y las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades sujetas a esta Ordenanza”.
- Por último, ninguna ordenanza de las examinadas hace referencia a estas cuestiones: subvenciones o ayudas que reciban los grupos

políticos; responsabilidad de la Administración por la información suministrada²⁴; publicación en la página web de los informes jurídicos, técnicos y de intervención (control preventivo); dietas, viajes y gastos de representación; informes de morosidad de pago a proveedores, ayudas y subvenciones; número de vehículos oficiales y teléfonos móviles; agenda institucional de los miembros de la corporación (algunas ordenanzas se refieren a la agenda institucional del Gobierno provincial)²⁵.

4

Medidas de reacción ante el incumplimiento de las leyes y ordenanzas de transparencia

La nueva LTAIP no contempla ningún refuerzo de los mecanismos que tiene el ciudadano para responder en los casos en que se incumpla la Ley porque no se conteste a las solicitudes, no se facilite la información o se haga de forma incompleta. Se sustituyen los clásicos recursos de reposición y de alzada por una reclamación administrativa a presentar ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –cuando se trate de la Administración General del Estado y entidades dependientes– o ante el organismo autonómico correspondiente –Administración autonómica y local–.

El silencio administrativo es negativo, salvo en las comunidades autónomas de Cataluña, Valencia y Aragón. La falta de contestación de la reclamación administrativa también debe entenderse como desestimación de la misma²⁶. En mi opinión, si la información solicitada es sensible o comprometida, ni se contestará a la solicitud ni tampoco se resolverá la reclamación

24. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “La responsabilidad patrimonial en el acceso, la difusión y la reutilización de la información”, en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 457.

25. RIVERO YSERN, J. L., “La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 27 de diciembre de 2013”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 36, Iustel, mayo 2014, p. 45. El profesor destaca las siguientes tareas pendientes: “La segunda es imprescindible si se quiere realmente hacer eficaz, transparente y legitimada social y democráticamente a la provincia. El déficit democrático de las diputaciones, cuyos miembros son elegidos en un sistema de elección de segundo grado, no es el mejor marco para que los municipios asuman la posibilidad de sustituciones e intervenciones forzosas en la vida municipal para trasladar la gestión de los servicios a las diputaciones. La reforma de la provincia es precisa. Efectivamente. La provincia precisa racionalización, transparencia, eficacia y eficiencia”.

26. GUICHOT REINA, E., “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones”, en WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coords.), *La Ley*

administrativa. La experiencia en nuestro país no resulta muy positiva. Los recursos administrativos no suelen estimarse con carácter general y, cuando su presentación es preceptiva, retrasan el acceso a la jurisdicción. Se comparte la opinión de quienes sostienen que los recursos administrativos “sirven para muy poco o, si se me apura, para nada”²⁷.

Resulta sorprendente que la LTAIP –y lógicamente, por falta de competencia, todas las leyes autonómicas aprobadas hasta el momento– se haya olvidado por completo de la tutela jurisdiccional. No se contempla ninguna modificación del sistema judicial contencioso-administrativo para garantizar el respeto al derecho de acceso a la información pública, y lograr que las entidades públicas cumplan de forma real y efectiva con sus obligaciones de información activa. Es difícil ser optimista cuando se aprueba una nueva norma y no se atribuyen a los ciudadanos las armas necesarias para asegurar su aplicación y evitar su incumplimiento.

El retraso que acumula la jurisdicción encargada de controlar el ejercicio del poder público, y el elevado coste económico que supone litigar contra una negativa a facilitar información –tasa, abogado y procurador, y posible condena en costas si el pleito se pierde–, no satisfacen en absoluto, en mi opinión, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por la Constitución Española. Estos costes convierten este tipo de recursos contencioso-administrativos en antieconómicos y difíciles de plantear, ya que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, resultan más costosos que el valor económico de la pretensión.

Esta injusta situación provoca que a las autoridades públicas, a sabiendas de la inoperancia y lentitud de la jurisdicción contencioso-administrativa, no les preocupe lo más mínimo seguir sin contestar las solicitudes de acceso a la información presentadas por los ciudadanos, o denegarlas sin mayor fundamento. Los responsables políticos saben que la decisión de la Justicia se producirá con tanto retraso que pueden disfrutar de un tiempo valioso sin facilitar la información. En el peor de los casos, cuando se produzca la firmeza de la sentencia, ellos ya ocuparán otro cargo público distinto, y la opinión pública, en su caso, se habrá olvidado del asunto.

En mi opinión, el derecho de acceso a la información pública, como derecho fundamental que considero que es, debería tutelarse por un procedimiento judicial especial, sumario y oral, en el que no hubiera que pagar

de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 61.

27. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, en *Documentación Administrativa*, n.º 221, enero-marzo 1991, p. 6.

tasa alguna y la condena en costas solo fuera en los casos de temeridad o mala fe²⁸.

5

Responsabilidad sancionadora, disciplinaria y penal

Tanto la Ley estatal como la mayoría de las leyes autonómicas de transparencia aprobadas hasta el momento, han tipificado algunas infracciones y sanciones en materia de acceso a la información pública, tanto la negativa reiterada a facilitar la información como el incumplimiento reiterado del plazo para resolver o de las obligaciones de publicidad activa.

El problema se plantea porque la potestad sancionadora y disciplinaria corresponde a los órganos superiores de la propia Administración que no ha cumplido con sus obligaciones, por lo que resultará muy difícil que dicha Administración se sancione a sí misma²⁹.

Y ello, a diferencia de lo que puede ocurrir si el funcionario da más información de la cuenta: en las legislaciones autonómicas de función pública, se contempla como infracción muy grave la publicación indebida de documentación o información a que tenga acceso por razón de su cargo o función.

Una buena solución hubiera sido atribuir dicha potestad sancionadora al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o a los Comisionados o Consejos autonómicos creados. Sin embargo, a estos nuevos órganos solo se les ha reconocido la capacidad de pedir al órgano competente para ello el inicio del correspondiente procedimiento sancionador o disciplinario. Ni siquiera pueden recurrir la posterior decisión de archivo o no incoación del procedimiento.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad penal, en mi opinión, puede cometer un delito de prevaricación tanto la autoridad o el funcionario que deniega expresamente una solicitud de información pública de forma arbitraria e injusta, como el que incumple groseramente la obligación de resolver la solicitud o de entregarla.

28. BLANES CLIMENT, M. Á., *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 591.

29. BAUZÁ MARTORELL, F. J., “La potestad sancionadora frente al incumplimiento de la normativa sobre acceso, transparencia y reutilización de la información”, en VALERO TORRIOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 477.

El delito contra los derechos cívicos no debería limitarse solo a castigar la negativa a facilitar información a los representantes políticos, por vulnerar el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución Española –en la mayoría de los casos examinados se trata de alcaldes que impiden el acceso a la información por parte de los concejales–, sino también cuando el derecho de acceso a la información pública es ejercido por los ciudadanos.

6

Conclusiones

A pesar de que la transparencia es esencial en un Estado Social y Democrático de Derecho, la LTAIP, así como las nuevas leyes autonómicas y ordenanzas municipales que se están aprobando, resultan insuficientes por las siguientes razones:

- a) El derecho de acceso a la información pública sigue sin ser reconocido como un derecho fundamental;
- b) los límites o las excepciones al ejercicio del derecho de acceso siguen siendo muy numerosos, amplios y ambiguos;
- c) no están sujetas las entidades privadas que prestan servicios de interés general o concesionarios de servicios públicos (luz, agua, gas, telefonía, etc.);
- d) el silencio administrativo es negativo, por lo que la mayoría de las solicitudes de información comprometida continuarán sin contestarse;
- e) la nueva LTAIP se aplica de forma supletoria en todas las materias que tengan una normativa específica (urbanismo, medio ambiente, servicios sociales, sanidad, educación, etc.);
- f) se contempla una entidad encargada de resolver las reclamaciones en vía administrativa que no tiene independencia política, y cuya falta de resolución también es negativa;
- g) y, finalmente, lo que en mi opinión es lo más trascendental: no se adoptan medidas para mejorar la protección jurisdiccional del derecho de acceso a la información.

Cuando no se facilita la información solicitada por el ciudadano o se incumplen las obligaciones de publicidad activa en la página web, la vía judicial es inasumible en términos de costes económicos y temporales: se tarda varios años en obtener una sentencia firme que condene a la Administración a dar la información; hay que pagar tasas judiciales, los hono-

rarios de abogado y procurador, y asumir el riesgo de una posible condena en costas. Son muy pocos los ciudadanos que acuden a los tribunales de justicia.

Finalmente, después de analizar todas las intervenciones parlamentarias, resulta desolador comprobar que algunos partidos políticos se negaron a que el derecho de acceso a la información pública fuera reconocido como un derecho fundamental, porque ello implicaría su regulación por ley orgánica y la exclusión de las competencias autonómicas en la materia, y, por ende, la imposibilidad de aprobar una ley de transparencia propia.

Ello está dando lugar a una indeseable “proliferación normativa” que, en mi opinión, complicará de forma relevante el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos, al tener que enfrentarse a la posible aplicación, en su caso, de tres normas –la LTAIP, la correspondiente ley autonómica de transparencia y la ordenanza local–, además de las regulaciones especiales contenidas en la normativa sectorial que sea de aplicación³⁰.

Los ciudadanos hemos pasado más de 30 años, desde la aprobación de la Constitución Española de 1978, sin ninguna ley que regulara con carácter general la transparencia y el acceso a la información pública, salvo el limitado artículo 37 de la Ley 30/1992. Ahora, de momento, al tiempo de escribir estas líneas, tenemos una ley estatal, 10 autonómicas ya aprobadas y numerosas ordenanzas municipales. En prácticamente un año, hemos pasado de no tener en España una ley específica en materia de transparencia a tener 12 hasta el momento (1 estatal y 11 autonómicas). Sin duda, este aluvión de normas oscurecerá en buena parte la indispensable transparencia.

30. Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados n.º 117, de fecha 30 de mayo de 2013, p. 26. La vicepresidenta del Gobierno expresó que “si es un derecho fundamental se agota la totalidad porque no puede existir legislación básica, la legislación es completa para garantizar la igualdad. Si es un derecho de otra naturaleza, en ese caso pueden, como se ha hecho en algunas comunidades autónomas, regularlo”. En el mismo sentido, el representante del Grupo Parlamentario Vasco, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de fecha 12 de septiembre de 2013, manifestó que “si el derecho que aquí se consagra fuera un derecho fundamental, no habría ningún resquicio para normativizar o legislar en el ámbito autonómico. Llama la atención que partidos nacionalistas invoquen el carácter de derecho fundamental de lo que aquí se preconiza porque es tanto como abdicar de cualquier tipo de competencia autonómica”. Diario de Sesiones n.º 136, de fecha 12 de septiembre de 2013, p. 30. En esta misma sesión plenaria, el portavoz del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia alertó sobre el riesgo de tener “diecisiete sistemas de transparencia diferentes”.

Reflexión final: la inconstitucionalidad de la definición del expediente administrativo

El día 2 de octubre de 2016 entró en vigor la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA). El artículo 70 de la nueva LPA define el concepto de expediente administrativo de forma, a mi juicio, absolutamente contradictoria (la predecesora Ley 30/1992 no lo definía):

a) En su primer y segundo apartado, lo define como “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla [...]. Los expedientes se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos”.

Hasta aquí no hay ningún problema. Se trata de una copia literal de la definición ya contenida en el artículo 164.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

En mi opinión, nos encontramos ante una definición acertada, puesto que toda la información o documentos, sin distinción alguna, que tienen relación con los antecedentes y los fundamentos de la resolución administrativa, deben formar parte del expediente administrativo.

Las razones son obvias en un Estado de Derecho: posibilitar su conocimiento por los interesados o ciudadanos, así como, en su caso, facilitar el posterior control judicial de la decisión de la Administración.

b) Sin embargo, en el cuarto apartado del artículo 70 de la nueva LPA, se efectúa un severo e injustificado recorte de la información que debe integrarse en el expediente administrativo, en los siguientes términos: “No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento”.

A mi juicio, nos encontramos ante una limitada y arbitraria definición del expediente administrativo, que podría ser inconstitucional, por vulnerar el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3), desde dos perspectivas:

- La arbitrariedad del legislador.

La nueva LPAC no contiene explicación o razonamiento alguno que justifique esta importante supresión de documentos e información que, por su caprichosa decisión, no forman parte del expediente administrativo.

Si el propio artículo 70 de la LPAC considera que toda la información que sirve de antecedente y fundamento a la resolución forma parte del expediente administrativo, ¿cuáles son las razones de interés público que justifican la posterior eliminación de una buena parte de dicha información?. No alcanzo a imaginarlas.

- La arbitrariedad de la Administración como poder público.

En un Estado de Derecho, los ciudadanos y, con más razón, los interesados, tienen derecho a conocer toda la información que justifica una determinada decisión de la Administración. De lo contrario, por un lado, el derecho de defensa del interesado puede ser vulnerado, y, por otro, el posterior control judicial de las resoluciones administrativas puede ser también gravemente dificultado.

Como se sabe, las decisiones de la Administración pueden ser regladas o discrecionales, pero nunca arbitrarias.

Si la Administración elimina del expediente administrativo información auxiliar o de apoyo, que, aunque contenida en aplicaciones, notas o resúmenes, puede ser importante, así como las comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas y los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, que también pueden arrojar luz o servir para despejar la arbitrariedad de la Administración, parece obvio que se dificultan más allá de lo razonable los siguientes derechos:

- a) El derecho constitucional de defensa de los interesados en los procedimientos administrativos.
- b) El posterior control de la Administración por parte de los tribunales de justicia.
- c) La exigencia de responsabilidad a las autoridades y los funcionarios públicos.
- d) El derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos.

En relación con este último derecho, el artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, permite inadmitir las solicitudes “referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”.

Pues bien, no solo se impide a los ciudadanos injustamente acceder a este tipo de información –como ya he criticado en un anterior comentario en

este blog—, sino que ahora, además, por si ello no fuera suficiente, se excluye del expediente administrativo, con lo que dicha información puede ser perfectamente destruida o eliminada para que no sea conocida y, de esta forma, no dejar rastro alguno.

Por todas estas razones, considero que la definición legal del expediente administrativo contenida en la nueva LPA es inconstitucional e impropia de un Estado de Derecho.

Al tiempo que se aprueba una ley de transparencia, se promulga una ley de procedimiento administrativo que permite eliminar o sustraer documentos del expediente. Sorprendentemente, el expediente administrativo es ahora más opaco que con anterioridad a dichas leyes. ¿Avanzamos o retrocedemos?

8

Bibliografía

- BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., “La potestad sancionadora frente al incumplimiento de la normativa sobre acceso, transparencia y reutilización de la información”, en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- BLANES CLIMENT, M. Á., *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- COTINO HUESO, L., “Derecho y ‘gobierno abierto’. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Razones de Estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi, Madrid, 2014.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, en *Documentación Administrativa*, n.º 221, enero-marzo 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997.
- GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014.
- GUICHOT REINA, E., “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones”, en WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coords.), *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- KELSEN, H., *La Démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Economica, París, 1998.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “La responsabilidad patrimonial en el acceso, la difusión y la reutilización de la información”, en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- MEDINA GUERRERO, M., “La autonomía provincial”, en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 25, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2011.
- MENDEL, T., *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, United Nations Educational Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), 2003.
- RIVERO YSERN, J. L., “La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 27 de diciembre de 2013”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 36, Iustel, mayo 2014.