

# Transparencia, acceso y buena administración: una comparación entre Italia y España

GIANLUCA GARDINI

*Catedrático de Derecho Administrativo.  
Universidad de Ferrara (Italia)*

1. El principio de transparencia
2. La regulación precedente y sus carencias
3. El “cambio de paradigma” del nuevo milenio
4. Una comparación entre las leyes de transparencia española e italiana
  - 4.1. La transparencia *reactiva* (acceso)
  - 4.2. La transparencia *proactiva*: la publicación obligatoria de datos
5. Sanciones e implementación de la ley
6. Acceso: ¿derecho individual o herramienta para la lucha contra la corrupción?
7. Bibliografía

## Resumen

El artículo trata de hacer una comparación entre la legislación italiana y la española sobre transparencia, ambas derivadas del modelo norteamericano del *Freedom of Information Act*. El análisis parte del principio de transparencia como valor que debe inspirar la actuación y organización de las Administraciones públicas y como derecho a la información administrativa que corresponde a todo ciudadano; a partir de aquí, se analizan las principales diferencias entre los ordenamientos jurídicos español e italiano en las opciones para asegurar la eficacia de la transparencia administrativa. Se llega a la conclusión de que tanto en Italia como en España la transparencia y el acceso a la información pública han sufrido una lenta metamorfosis y, desde derechos fundamentales del individuo, se han convertido en herramientas para luchar contra la corrupción que solo indirectamente satisfacen el derecho a la información del ciudadano.

Palabras clave: *transparencia; derecho de acceso a la información pública; corrupción.*

## **Transparency, access and good administration: a comparative study between Italy and Spain**

### **Abstract**

*The article compares Italian and Spanish legislation on transparency, both inspired by the US model established in the Freedom of Information Act. The analysis is based on the principle of transparency as a value that should inspire the action and organization of public administrations and as a right to access to public information. The article analyzes the main differences between the Spanish and Italian legal systems regarding the protection and effectiveness of administrative transparency. The article concludes that both in Italy and in Spain transparency and the right to access to public information have undergone a slow metamorphosis and, from the perspective of fundamental rights of the individual, they have become tools to fight corruption that only indirectly satisfies the right to access to public information of the citizens.*

**Keywords:** transparency; right to access to public information; corruption.

### **1**

## **El principio de transparencia**

La transparencia administrativa se ha convertido en un principio general según el cual la Administración pública (AP) tiene que garantizar la accesibilidad total a las informaciones en su poder. De esta manera, la AP:

a) por un lado, está obligada a garantizar la visibilidad, el conocimiento y la comprensión de su actividad y organización, a través de comportamientos *proactivos* (publicación);

b) por otro lado, debe asegurar de forma *reactiva* el acceso a la información pública, que se ha vuelto un derecho fundamental del individuo.

Hay que destacar que, en muchos países europeos, “la transparencia ha sido una prioridad fijada de abajo arriba al calor de casos de corrupción que han producido una desconfianza radical en la política y en las instituciones”<sup>1</sup>. Citando a Emilio Guichot, el movimiento por la transparencia “comenzó como una brisa (fría, por su proveniencia) que se levantó en los países escandinavos y recorrió el Atlántico para recalcar en los Estados Unidos, Canadá

1. En las palabras de Guichot Reina (2016).

y los países de su área de influencia. [...] Y, finalmente, se transformó en un huracán, pues a finales de los Noventa y principios del siglo XXI se produjo una generalización de la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella (Reino Unido, Alemania, Suiza); en los países de Europa del Este y de Latinoamérica y, en fin, en países de Asia, África y Oceanía”<sup>2</sup>.

El principio de transparencia es multifuncional, y su realización puede dirigirse a diferentes propósitos.

- 1) En primer lugar, la transparencia es fundamental para implementar el *principio democrático* en la Administración: la definición de democracia como “régimen del poder visible” es bien conocida<sup>3</sup>. En el siglo XX hemos asistido a la evolución del modelo tradicional de Administración, basado en el contraste dialéctico entre autoridad y libertad, hacia un nuevo modelo, basado en una relación igualitaria entre la Administración y el ciudadano, que reconoce a este último un papel activo y central en la búsqueda del interés público.
- 2) En segundo lugar, la transparencia, en el actual lenguaje político, es considerada como un instrumento clave para el *control de la gestión pública*, entendido en sus perspectivas preventiva y represora, y por lo tanto, para su mejora. La celeberrima frase de Louis Brandeis, “la luz del sol es el mejor de los desinfectantes”, se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción. Un siglo más tarde, Barack Obama convirtió la apuesta por la transparencia y la rendición de cuentas, para una Administración abierta a la participación ciudadana, en uno de los ejes de su acción política, hasta el punto de dedicarle simbólicamente el primer acto de gobierno de su primer mandato.
- 3) La transparencia administrativa no es solo un principio que deba informar el ejercicio del poder, sino un *derecho fundamental del individuo*, que tiene su concreta realización en el derecho de acceso a la información pública. La existencia de un derecho a la información administrativa representa una garantía esencial para el funcionamiento de las instituciones democráticas: el deber informativo de los poderes públicos es una expresión directa de la soberanía popular. En este sentido la transparencia se convierte en accesibilidad, concepto desarrollado sobre todo en los ordenamientos de matriz angloamericana y en los países escandinavos.

2. Ídem.

3. Sobre la conexión entre transparencia y democracia, *vid.* Arena (2006); Merloni (2008).

Hay que destacar que el nivel de protección de la transparencia es más avanzado en la Constitución española que en la italiana.

En la Constitución italiana no se mencionan ni “transparencia” ni “acceso”, y solamente se hace referencia al derecho de expresar el pensamiento (art. 21 Const.), y solo en el sentido *activo* (tampoco está reconocida la vertiente pasiva, es decir el derecho de ser informado, de recibir el pensamiento de los otros). De esta forma, la Constitución italiana confiere al intérprete la posibilidad de afirmar la existencia de un derecho complementario, de carácter pasivo (a ser informado) o reflexivo (a informarse). Se trata de una formulación bastante limitada, si se compara con la introducida por otras cartas constitucionales y por las más importantes declaraciones internacionales, que reconocen expresamente una protección equivalente a las vertientes activa, pasiva y reflexiva del derecho de información.

Muy diferente es la Constitución española de 1978 (CE), que afirma, entre los derechos fundamentales, el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (art. 20.1.d. CE). Mas allá, la Constitución de 1978 rompió decididamente con la tradición de secreto propia de la Administración de la dictadura franquista precedente, al establecer de forma expresa, en su artículo 105.b, lo siguiente: “La ley regulará: [...] El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. De forma significativa, dicho precepto sitúa el derecho de acceso al mismo nivel que el derecho de audiencia en el procedimiento de elaboración de actos administrativos y de normas reglamentarias, recogido en las letras a) y c) del artículo 105 CE<sup>4</sup>.

Al estar el artículo 105 ubicado en una parte de la Constitución distinta de la que recoge los derechos fundamentales (artículos 14 a 29 CE) y remitir expresamente al desarrollo legislativo, se ha considerado tradicionalmente que el derecho de acceso constituye un *derecho constitucional de configuración legal*, que no goza de la protección reforzada propia de los derechos fundamentales (protección que consiste básicamente en la regulación mediante ley orgánica, en la tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario, y en la posibilidad de ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional). Ello contrasta con el derecho

4. Sobre este precepto, la doctrina y la jurisprudencia cuestionaron de inmediato el sentido que debía atribuirse a la expresión “ciudadanos”: en este sentido, mientras una parte interpretaba este término de forma restrictiva, reconociendo la titularidad del derecho de acceso únicamente a los ciudadanos españoles, otra parte aportó una lectura más amplia, afirmando que el acceso estaba abierto a cualquier persona, independientemente de la nacionalidad y residencia del solicitante.

específico de los cargos electos (de los parlamentos central y autonómico y de los entes locales) de acceso a la información necesaria para el ejercicio de sus funciones representativas, derecho que va más allá del reconocido por el artículo 105.b) CE a todos los ciudadanos y que la jurisprudencia española ha derivado del derecho fundamental de participación política recogido en el artículo 23.2 CE<sup>5</sup>.

Esta calificación no parece tener repercusiones especialmente graves en la aplicación práctica de la legislación de transparencia. Como se verá, el derecho de acceso y el derecho (fundamental) a la protección de datos personales se sitúan *en un mismo nivel* en el juicio ponderativo que la ley obliga a efectuar para decidir cuál de los dos ha de prevalecer en caso de conflicto, sin que el hecho de que solo el segundo se configure como fundamental esté teniendo consecuencias apreciables en la doctrina de las autoridades independientes encargadas de la garantía del derecho de acceso<sup>6</sup>. Por otro lado, la amplitud y rapidez de la tutela que, como se verá, están proporcionando las autoridades de garantía al derecho de acceso, relativiza el problema que podría suponer no contar con la posibilidad de presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Además, la circunstancia de que no se lo considere un derecho fundamental y de que, por tanto, no deba ser regulado únicamente mediante ley *orgánica* del Parlamento, ha permitido que las comunidades autónomas desarrollen las previsiones de la ley básica estatal de transparencia mediante una legislación propia que, a menudo, ha tratado de reforzar la regulación del derecho de acceso, en una competencia regulatoria al alza, en la que distintas leyes autonómicas han tratado de “mejorar” lo dispuesto por la ley estatal y otras leyes autonómicas precedentes (v. § 4).

No solo eso. La calificación del derecho de acceso como derecho fundamental debería tener en cuenta la jurisprudencia actual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En particular, la importante Sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, núm. 18030/11, de 8 de noviembre de 2016, apartados 149 y ss., en la que se afirma la vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (libertad de expresión, en particular la libertad de recibir o de co-

5. Mir Puigpelat (2017a). Cabe señalar que este derecho tampoco se ve reconocido por la Constitución italiana.

6. En doctrina se advierte que es precisamente el art. 20 CE el que permite equiparar el derecho a la información y el derecho a la protección de datos personales, favoreciendo así un equilibrio igualitario entre estos intereses. Esto permite, en el caso de ponderación entre los dos derechos, que la evaluación de la necesidad de difundir información y conservarla por cuestiones de privacidad se deje al estudio caso por caso y no a una decisión *a priori*, y, sobre todo, sin que exista un valor predominante. Sobre este punto, puede consultarse Mir Puigpelat (2017a).

municar informaciones) por la denegación de acceso a información pública (nombre y nombramientos de los abogados de oficio designados por la Policía) a una ONG húngara de protección de los derechos humanos. Según el TEDH, para que pueda gozar de la protección del artículo 10 CEDH, debe tratarse de una petición de acceso a información de interés público que se encuentre preparada y disponible y que se formule por periodistas, ONG, investigadores, blogueros y usuarios con muchos seguidores en las redes sociales (en general, por personas que actúan como vigilantes públicos *-public watchdogs-*), con la finalidad de contribuir al debate público. Y esta, claramente, representaría una fuerte limitación en el ejercicio del derecho de acceso.

## 2

### La regulación precedente y sus carencias

Pese al temprano reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública, dicho derecho no fue regulado de forma general en España hasta 1992, con la aprobación de la primera ley de procedimiento administrativo de la democracia, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que le dedicó un solo precepto, su artículo 37. Dicha regulación fue, además, muy restrictiva, y mereció una amplia crítica doctrinal. Puede afirmarse que, bajo la vigencia del artículo 37 LRJPAC, el derecho de acceso no tuvo una auténtica aplicación práctica en España. Resulta significativo que, cuando se aprobó la vigente Ley de Transparencia en el año 2013 (v. §3), la mayoría de las muchas noticias periodísticas que se le dedicaron desconocieran por completo la existencia del artículo 37 LRJPAC y consideraran que con aquella se reconocía por vez primera en España el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública<sup>7</sup>.

- 1) El objeto del derecho de acceso era muy restringido. Únicamente se reconocía el derecho de acceso a registros administrativos y a documentos integrantes de expedientes administrativos finalizados (artículo 37.1 LRJPAC), documentos que además había que identificar en la solicitud (artículo 37.7 LRJPAC).
- 2) En cuanto a los sujetos legitimados, la LRJPAC reconocía el derecho en cuestión exclusivamente a ciudadanos "que acrediten un interés legítimo y directo" en conocer los documentos requeri-

7. Mir Puigpelat (2017a).

dos, identificando una serie de límites a su propio ejercicio similares a los previstos en otros ordenamientos jurídicos europeos (art. 37).

- 3) En cuanto a los sujetos obligados, únicamente eran las Administraciones públicas, y no las demás entidades del sector público (sociedades mercantiles de capital público, fundaciones del sector público, etc.), ni sujetos privados vinculados a aquellas, ni los demás poderes públicos distintos del ejecutivo.
- 4) Las excepciones al derecho de acceso eran muy amplias e indeterminadas, sin referencia al test del perjuicio (*harm test*). En particular, el acceso a datos personales no íntimos únicamente era posible por parte de quienes acreditaran “un interés legítimo y directo” (art. 37.3 LRJPAC; los datos íntimos solo eran accesibles por los propios afectados, en virtud del art. 37.2 LRJPAC).
- 5) El artículo 37 LRJPAC tampoco preveía garantías procedimentales específicas del derecho de acceso, lo que comportaba, entre otras cosas, que fuera de aplicación el plazo genérico de resolución de las solicitudes de tres meses, establecido por el artículo 42 LRJPAC.
- 6) Tampoco se preveían sanciones específicas por el incumplimiento del derecho de acceso ni obligaciones específicas de publicidad activa, ni se contemplaban autoridades de garantía del derecho de acceso.

En Italia la situación era un poco más avanzada, en cuanto se reconocía la pretensión de acceder a los procedimientos administrativos con fines participativos o defensivos como derecho (o interés legítimo, si se prefiere)<sup>8</sup> condicionado por la legitimación personal del solicitante<sup>9</sup>. Este tipo de accesibilidad representa, en síntesis, un corolario del derecho de defensa, afirmado a partir del *due process* en la Europa continental (con la excepción de los países escandinavos) y en Reino Unido, donde ha asumido un papel central y casi exclusivo hasta los años noventa del siglo pasado.

8. El *Consiglio di Stato* (Ad. plen. 18 de abril de 2006, núm. 6) no ha considerado necesario pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la posición alegada por el interesado en el acceso, legitimando así la consideración de la configurabilidad del acceso como derecho subjetivo y como interés legítimo.

9. Concepto sobre el que se ha extendido el *Consiglio di Stato* en una decisión en la que afirma que la situación jurídicamente relevante que sirve de base al ejercicio del derecho de acceso “es una noción diferente y más amplia que la del interés en la impugnación”, y que por lo tanto no presupone necesariamente una posición subjetiva calificable en términos de derecho subjetivo o interés legítimo, debiendo más bien reconocerse a cualquier persona que pueda demostrar que los actos procedimentales objeto del acceso han desplegado o pueden llegar a desplegar efectos directos o indirectos frente a ella, con independencia de la lesión de una posición jurídica (VI, 9 de marzo de 2001, núm. 1492).

El acceso documental o defensivo, regulado por la Ley italiana n.º 241/1990 (Ley básica de Procedimiento Administrativo), nace para la satisfacción de un interés *individual y cualificado* hacia el conocimiento de informaciones de que disponen las Administraciones públicas. Se exige una legitimación específica para el ejercicio del derecho de acceso documental/participativo, aunque la mayor rigidez desde esta perspectiva sea compensada con una mayor eficacia en su satisfacción: el acceso documental tiene un mayor alcance que el acceso cívico generalizado (v. §3), y las limitaciones que la Ley le impone tienen, en línea de principio, una menor intensidad que las previstas para los otros instrumentos de la transparencia (publicación *online*). A este respecto es suficiente considerar que el acceso documental, por imperativo legal, prevalece siempre sobre el derecho a la privacidad en el tratamiento de datos personales (comunes), a condición de que el interesado pueda demostrar la relación de instrumentalidad con el ejercicio del derecho de defensa (en sede judicial o en cualquier otra).

Por eso el legislador italiano ha decidido mantener vivo el derecho de acceso defensivo después de la introducción del nuevo derecho de acceso cívico o generalizado. En la perspectiva reactiva (o pasiva) la superposición de los dos tipos de acceso (documental y cívico) es inevitable, pero no necesariamente negativa. En este sentido es correcto haber mantenido el acceso documental o defensivo junto al nuevo acceso cívico: en los países que han adoptado el modelo FOIA (*Freedom of Information Act*) que carecen de un instrumento individual de transparencia equivalente al acceso documental italiano, de hecho, se ha asistido con frecuencia a una interpretación restrictiva del acceso cívico por parte de los órganos de la jurisdicción, que, frente al potencial enfrentamiento de intereses individuales contrapuestos, no han permitido a los interesados obtener (ni siquiera extrajudicialmente) los documentos necesarios para diseñar eficazmente la defensa de sus propios intereses<sup>10</sup>.

### 3

## El “cambio de paradigma” del nuevo milenio

En España, la modernización del derecho de acceso no pasó a ocupar un lugar central en la agenda política hasta el estallido de la profunda crisis económica en 2010 y la difusión de gravísimos escándalos de corrupción que han tenido lugar en la última década. La Ley 19/2013 (LTE) es una ley esperada, al menos, desde 1978, y su entrada en vigor no ha tenido propiamente

10. Lombardi (2018).



en España el efecto del estallido de un trueno en un cielo sereno, sino que ha sido un elemento consustancial al modelo mismo de democracia propio del entorno español<sup>11</sup>.

La LTE es una ley de principio que, regulando por primera vez también la “vertiente proactiva” de la transparencia, impone a las Administraciones públicas una serie de obligaciones de publicación. Además, amplía la noción de “objeto accesible”, innovando significativamente la anterior regulación de acceso (que se refería solo a expedientes administrativos finalizados), con el fin último de incrementar los sistemas de rendición de cuentas de la clase gobernante, a través de un control democrático más efectivo. Sin embargo, la posibilidad de solicitar información no contenida en documentos o archivos puede generar una carga excesiva de investigaciones preliminares y recuperación de la información misma por parte de la AP. Este riesgo no fue ignorado por el legislador, quien, precisamente con el fin de lograr la ponderación de los principios de transparencia y eficiencia administrativa, condicionó la procedencia de la solicitud de acceso a que su aceptación no implicara para la AP un verdadero tratamiento o reprocesamiento *ad hoc* de la información en su poder (art. 18, apdo. 1, letras a] y c]). Igualmente, para identificar el alcance objetivo del derecho de acceso, el artículo 18, apdo. 1, letra b), considera inadmisibles las solicitudes relativas a información de carácter auxiliar o de apoyo, tal como notas, actas, informes y comunicaciones internas.

Casi toda la regulación de la LTE tiene carácter básico, incluidas las disposiciones sobre procedimiento: la propia Ley de Transparencia (disposición final séptima) declara ser una norma básica, dictada al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución, con la excepción de algunos preceptos referidos exclusivamente a la Administración General del Estado. A pesar de ser llamadas a desarrollarla y aplicarla, las comunidades autónomas y las entidades locales estuvieron al margen del proceso de elaboración de la LTE.

La doctrina habla de un verdadero “cambio de paradigma”<sup>12</sup> con referencia a la aprobación de la LTE:

- 1) El objeto del derecho de acceso es mucho más amplio que antes. Dicho objeto ha pasado a ser la “información pública”, entendida como toda aquella información que se encuentre en poder de los sujetos sometidos a la ley (artículo 13 LTE).

11. Fernández y Pérez (2017: 23).

12. Mir Puigpelat (2017b).

- 2) En cuanto a los sujetos obligados, el derecho de acceso ya no se predica solo de las Administraciones públicas, sino que alcanza a todas las demás entidades del sector público (sociedades mercantiles de capital público, fundaciones del sector público, etc.), incluso a sujetos privados vinculados a aquellas.
- 3) Las solicitudes de acceso, aunque no pueden ser anónimas, como en otros países, están sometidas a muy pocos requisitos formales y no requieren motivación ni invocación de ningún interés legítimo (artículo 17 LTE).
- 4) El ejercicio del derecho de acceso es gratuito.

Al igual que el ordenamiento jurídico italiano, la Ley 19/2013 también se encarga de proteger a los contrainterésados: si la información solicitada implica derechos o intereses de terceros, se les otorga un plazo de quince días para presentar observaciones, previa notificación incluso al solicitante (art. 19, apdo. 3).

En Italia, con la Ley 190/2012, la transparencia se convierte en una de las principales herramientas para prevenir la corrupción administrativa, un fenómeno bien conocido en la historia italiana. La Ley 190/2012, que se adopta en aplicación del art. 6 de la Convención de la ONU contra la Corrupción (Convención de Mérida, 2003), representa el primer intento orgánico de una política para luchar contra los fenómenos de corrupción a través de medidas no solo de carácter represivo, sino también preventivo.

Entre las herramientas para la prevención de la corrupción administrativa introducidas por el legislador en 2012, la transparencia tiene un papel especial: tradicionalmente vinculada a la participación democrática, en la legislación anticorrupción aparece en cambio principalmente dirigida a prevenir posibles hechos de *mala administración*, favorecer la emersión de fenómenos de corrupción y mantener la justa “presión” de los ciudadanos sobre la actuación administrativa y la conducta de los funcionarios.

En ejecución de la Ley de delegación de 2012, fue aprobado el Decreto Legislativo 33/2013, que plantea la transparencia como “accesibilidad total” a la información relativa a la organización y actividad de la AP, con el fin de favorecer formas generalizadas de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos (art. 1). En esta perspectiva, además de derechos y obligaciones, este decreto también prevé herramientas destinadas a garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones de publicación, como, por ejemplo, la adopción de un Programa trienal de transparencia y anticorrupción, la designación de un Responsable de prevención de la corrupción y transparencia en cada AP, así como la posibilidad

de que los ciudadanos presenten solicitudes de publicación frente al juez administrativo.

Algunos años después, el Decreto Legislativo 97/2016 vino a añadir al modelo proactivo de transparencia una nueva transparencia de tipo “reactivo”, es decir, en respuesta a las solicitudes de acceso realizadas por los interesados. Se habla de acceso “modelo FOIA”, o sea, un acceso generalizado y sin limitaciones en el ejercicio (legitimidad), que toma como referencia el “*right to know*” estadounidense. Este conjunto normativo, además de prever un amplio abanico de figuras al servicio de la transparencia, también identifica a los destinatarios de las obligaciones de transparencia, que van dirigidas no solo a las Administraciones públicas en sentido estricto, sino también a otros sujetos, en cierto modo afines a ellas (sociedades mercantiles de capital público, fundaciones del sector público, universidades, órdenes profesionales, etc.), a los que no siempre se les aplica en su totalidad el régimen de transparencia pública.

## 4

### Una comparación entre las leyes de transparencia española e italiana

#### 4.1

#### La transparencia *reactiva* (acceso)

Hay que decir que las regulaciones española e italiana sobre los límites (excepciones) al derecho de acceso son ahora coherentes con los estándares internacionales. Dichas regulaciones parten de una enunciación de límites tasados muy similar a la prevista en el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa, sobre el Acceso a los Documentos Públicos, de 2009 (CADP)<sup>13</sup>. La diferencia principal es que en la LTE los límites son *enumerados* en sus artículos 14 y 15, y en cambio, en la ley italiana de 2013, solo hay una indicación general de las categorías de límites, divididos entre públicos y privados.

Como establece el art. 14 LTE, el derecho de acceso podrá ser limitado cuando su ejercicio suponga un perjuicio para: a) la seguridad nacional; b) la defensa del Estado; 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 juicios y la tutela judicial efectiva; g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control;

13. Celebrado en Tromsø (Noruega) el 18 de junio de 2009, debe ser ratificado por diez Estados para que entre en vigor.

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 secreto o confidencialidad requerida en los procesos de toma de decisiones; l) la protección del medio ambiente. Todos los límites antes mencionados deben aplicarse sopesando los intereses subyacentes (públicos o privados "superiores") que puedan justificar el acceso, mediante el uso del criterio de "proporcionalidad" (artículo 14, apartado 2).

Como puede comprobarse, la LTE ha optado por establecer un *listado exhaustivo* de bienes y derechos cuya posible afectación en caso de concederse el acceso puede traducirse en una limitación del derecho mismo. Por lo tanto, "hay que advertir que, al no haberse dotado a la LTE de carácter de orgánica, y teniendo en cuenta que no existe en nuestro sistema jurídico una ordenación jerárquica o por troncalidad entre leyes ordinarias, jurídicamente bien podría el legislador estatal, por disruptivo que fuera, añadir nuevos límites por leyes singulares"<sup>14</sup>.

No solo eso. A diferencia de otros ordenamientos, ninguno de los límites al acceso de la LTE se configura como un *límite absoluto* (con la única salvedad de los datos personales especialmente protegidos): todos son límites relativos, sujetos a ponderación, y que pueden ceder ante un interés público o privado superior favorable al acceso. De hecho, la Ley española reserva un significativo margen de discrecionalidad a las Administraciones: también en el caso de que el acceso a la información comporte la causación de un daño concreto (*harm test*) a los bienes tutelados por los límites legislativos, se puede estimar que prevalezca el interés público sobre el conocimiento, si este último es considerado "superior". En la LTE, junto con una enunciación expresa de los límites, hay además una indicación de los cuatro grandes criterios de aplicación restrictiva y casuística de los límites al derecho de acceso, habituales en derecho comparado (artículos 14, 15, 16 y 20.2 LTE): 1) el acceso solo podrá ser denegado cuando pueda ocasionar un *perjuicio efectivo* y no meramente hipotético para el bien jurídico protegido por el límite en cuestión (test del perjuicio); 2) dicho perjuicio deberá ser en todo caso *ponderado* con los intereses públicos o privados favorables al acceso que puedan concurrir, y que pueden obligar a soportarlo (juicio de ponderación o *balancing test*); 3) aunque, en el juicio ponderativo, prevalezca el límite, su aplicación debe ser *proporcionada* y no impedir el acceso a la parte de la información solicitada no afectada por el límite de que se trate (principio de proporcionalidad y acceso parcial); 4) en todo caso, existe una obligación de *motivación* suficiente por parte de la AP.

14. Guichot Reina (2016: 97).

El plazo de resolución acogido como básico en la LTE se mueve dentro de parámetros comparados razonables: un máximo de un mes desde la recepción por el órgano competente para resolver, ampliable por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario, previa notificación al solicitante. No obstante, en uso de sus competencias, los sujetos obligados pueden reducir (que no ampliar, al ser una garantía básica) normativamente dicho plazo.

El silencio, negativo en la LTE, tiene carácter básico. Por ello, ni las leyes autonómicas ni los reglamentos locales pueden cambiar esta regla, pues ha de tenerse en cuenta que el silencio positivo, al margen de la complejidad de su efectividad en una materia como esta, que requiere de la puesta a disposición de información, supondría la puesta en peligro de otros bienes constitucionales públicos y privados protegidos por los límites.

A pesar de ello, una interpretación bastante difusa entre las comunidades autónomas (CC. AA.) (Cataluña, Aragón, Valencia, Navarra) sostiene la aplicación prevalente de la norma autonómica en caso de mejora de la regulación básica, conforme al argumento de que cuando una comunidad autónoma, ejerciendo su competencia para el desarrollo normativo, regule dentro del marco competencial “su especialidad”, cabe entender que el silencio administrativo tiene el efecto que la norma autonómica le haya otorgado. El ejemplo de la Ley catalana de transparencia (Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno -LTC-) es especialmente claro a estos efectos: en caso de falta de respuesta a las instancias de acceso, el art. 35 prevé que, si la AP no responde a la solicitud de acceso de uno de los ciudadanos, se produce el *silencio positivo*<sup>15</sup>. El desacuerdo entre las dos disposiciones, nacional y autonómica, es evidente, y, frente a eso, el Tribunal Constitucional tuvo que aclarar los márgenes de maniobra que tienen las CC. AA. sobre este punto: el resultado de esta valoración está muy claramente expresado en la STC 104/2018, de 4 de octubre, que ha venido a declarar la inconstitucionalidad del art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Aragón, que también establecía el carácter positivo del silencio en caso de transcurrir el plazo máximo para resolver una solicitud de acceso. El Tribunal Constitucional habla en este caso de “inconstitucionalidad mediada”, porque la regulación del procedimiento administrativo común es encomendada al Estado por el art. 149.1.18 CE, sin perjuicio de las especialidades propias de las CC. AA. La contradicción entre el precepto estatal y el autonómico es efectiva e insalvable, pues uno y otro establecen re-

15. “Si la Administración no resuelve y notifica dentro del plazo establecido, la solicitud se entiende estimada, salvo que una norma con rango de ley establezca expresamente un efecto desestimatorio, total o parcial, con relación a una determinada información” (art. 35.1).

gímenes de silencio administrativo incompatibles. A la vista de esta decisión, se hace evidente también la inconstitucionalidad del art. 35.1 de la ley catalana y de las leyes autonómicas similares.

Aparte de esto, resulta evidente que la efectividad del derecho de los ciudadanos dependerá en buena medida de que los sujetos obligados respondan efectivamente en plazo y de que no se escuden en respuestas que nieguen la propia existencia de la información.

Diferentemente, la ley italiana prevé una serie de límites que non son indicados de forma exhaustiva, sino general. El acceso cívico, en primer lugar, está excluido *a priori* (límites absolutos) en los casos de secreto de Estado y en otros supuestos de prohibición de acceso o divulgación previstos en la ley, "incluidos los casos en los que el acceso se encuentra subordinado por imperativo legal al respeto de condiciones, formas o límites específicos, incluidos los previstos en el artículo 24.1 de la Ley 241/1990" (artículo 5 *bis*, apartado 3).

En segundo lugar, el acceso está excluido cuando se cruza con otros intereses merecedores de tutela, de naturaleza tanto pública como privada. Por consiguiente, el nuevo artículo 5 *bis* admite que el acceso sea denegado si ello resulta necesario para evitar un perjuicio concreto (límites relativos):

- 1) A la tutela de intereses públicos inherentes a la seguridad pública, a la seguridad nacional, a la defensa y al ámbito militar, a las relaciones internacionales, a la política y a la estabilidad financiera y económica del Estado, al desarrollo de investigaciones de conductas delictivas y a su persecución, o al desarrollo regular de las actividades de inspección (apartado 1).
- 2) A la tutela de alguno de los siguientes intereses privados: a) protección de datos personales, de conformidad con la disciplina legal de la materia; b) libertad y secreto de la correspondencia; c) intereses económicos y comerciales de una persona física o jurídica, comprendidos la propiedad intelectual, los derechos de autor y los secretos comerciales (apartado 2).

A diferencia de los límites absolutos, en estos casos, la AP lleva a cabo una ponderación para verificar y, en su caso, impedir la efectiva causación de un perjuicio concreto. De hecho, el sistema italiano se centra exclusivamente en el test del perjuicio (*harm test*), puesto que la ponderación entre los intereses enfrentados es predeterminada por el legislador (si no se causa un daño concreto a uno de los intereses protegidos por los límites legales, prevalece siempre el acceso), mientras que el sistema español gira en torno al principio de ponderación (*balancing test*) de los intereses en juego, reservando, consiguientemente, amplios márgenes de discrecionalidad a las Administraciones requeridas para el acceso<sup>16</sup>.

16. Lombardi (2018).

A diferencia de la LTE, la ley italiana de transparencia establece que si la AP no responde a la solicitud de acceso de uno de los ciudadanos, no se produce un *silencio*, o sea, un acto implícito y sin motivación que resultaría en evidente contraste con la finalidad de transparencia de la ley, sino un incumplimiento de sus deberes, que tiene consecuencias bajo el perfil jurídico y procesual (*silenzio inadempimento*). Las Administraciones públicas italianas, tanto la central como las regionales y locales, no pueden añadir nuevos límites, porque la materia está sometida a reserva absoluta de ley.

En síntesis, es cierto que en los dos ordenamientos (y en España aún más que en Italia), “ante una normativa que se apoya en los conceptos jurídicos indeterminados y en la ponderación, la medida de la transparencia vendrá en buena medida de la mano no solo de la regulación legal sino de su interpretación y aplicación por los operadores jurídicos”<sup>17</sup>.

## 4.2

### La transparencia *proactiva*: la publicación obligatoria de datos

La LTE establece el principio general de publicación activa de la información “cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”. Además, se prevé que se dé publicidad a la información que se solicite con mayor frecuencia.

A ello se une la inclusión de un catálogo de toda una serie de información sumamente relevante, clasificada en “institucional, organizativa y de planificación”, “de relevancia jurídica”, y de naturaleza “económica, presupuestaria y estadística” (artículos 5 a 11 LTE y, ampliándolas notablemente, las distintas leyes autonómicas). La publicación ha de hacerse en las correspondientes “sedes electrónicas o páginas web” de cada AP<sup>18</sup>, y el acceso también es posible a través del portal único, gestionado por la Presidencia del Consejo, “Portal de la Transparencia”, según los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización. Se prevé la publicación “de forma periódica y actualizada”, si bien la ley estatal y la mayor parte

17. Guichot Reina (2016: 102).

18. Parte de la doctrina ha criticado el hecho de que, para cumplir con las obligaciones publicitarias a las que están obligadas, muchas entidades públicas deben garantizar la disponibilidad de un sitio web, y esto constituye para ellas un sacrificio nada desdeñable. Es por ello que el legislador de 2013 eximió de la obligación de disponer de una página web propia a las entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50 000 euros, pudiendo estas utilizar las herramientas informáticas puestas a su disposición por la AP de donde proceden la mayor parte de las ayudas y subvenciones públicas recibidas (art. 5, apartado 4, LTE).

de normas autonómicas *no prevén plazos concretos* de publicación y de mantenimiento de la información publicada<sup>19</sup>. Ahora bien, la realidad desvela, hasta el momento, prácticas discutibles o directamente contrarias a esta regulación. Con las leyes 39 y 40 de 2015 se fortalece la modernización del sector público, impulsando la transición completa a lo digital, a través de la aplicación de nuevas reglas sobre archivo y calidad de los datos, disponibles en línea en tiempo real.

En Italia, el Decreto Legislativo 33/2013 plantea el modelo “proactivo” de transparencia, es decir, implementado a través de la publicación obligatoria de los datos indicados por la ley en los sitios web de los distintos organismos públicos. De esta forma, el Decreto Legislativo 33/2013 ha impuesto a las Administraciones públicas la obligación de publicación de documentos, datos e informaciones, y ha reconocido un “derecho general de cognoscibilidad” que coincide con la garantía –de la que puede valerse cualquiera– de conocer, obtener gratuitamente, utilizar y reutilizar los datos publicados. Es importante subrayar que, con respecto a los datos objeto de publicación obligatoria por parte de las Administraciones públicas, se imponen también obligaciones “cualitativas” y no solo “cuantitativas”: las Administraciones garantizan “la integridad, la constante puesta al día, la completitud, la ausencia de dilaciones, la simplicidad de la consulta, la inteligibilidad, la homogeneidad, la sencillez en el acceso, la ausencia de restricciones al mismo, así como la conformidad a los documentos originales en posesión de la Administración, la indicación de su procedencia y la posibilidad de reutilización” (artículo 6 del Decreto Legislativo 33/2013). La cualidad de los datos públicos es entendida como simple posibilidad de reutilización ágil y efectiva por parte de los interesados, según el paradigma del *open data* (también conocido como *linked open data*), y también como estandarización y homogeneidad de los mismos. El respeto de estos requisitos cualitativos debe consentir la posibilidad de comparar las distintas Administraciones (a los fines de la transparencia), la integración de los *data base*, la construcción de un sistema de informaciones que vaya más allá del “recinto” de las concretas Administraciones<sup>20</sup>.

Con referencia al régimen de difusión *open data* de los datos personales, introducido por el artículo 4 del Decreto Legislativo 33/2013, no puede pasarse por alto una contradicción lógica con “el respeto de los principios

19. Sobre el art. 5, apdo. 1, LTE, sin embargo, el Consejo de Estado se expresó, con dictamen de 19 de julio de 2012, destacando la vaguedad con que fue redactada esta disposición, en la parte en que requiere su publicación de “informaciones consideradas relevantes”. Al respecto, ver Sendín García (2014: 135).

20. Sobre los paradigmas del *open data* (disponibilidad y acceso, reutilización y redistribución, participación universal), Carloni (2014).



sobre tratamiento de los datos personales”, exigidos por el Código sobre la *privacy*: los principios de proporcionalidad, pertinencia, necesidad, prohibición del exceso, indispensabilidad (en relación con datos sensibles u objeto de investigación judicial), en el tratamiento de los datos personales, difícilmente pueden ser salvaguardados si se difunden datos a través de la red, además en formato *open data*, lo que implica su apertura a la indexación en motores de búsqueda y a la reutilización<sup>21</sup>.

## 5

### Sanciones e implementación de la ley

La LTE es muy parca en lo que se refiere al régimen sancionador por el incumplimiento de sus previsiones. Solamente castiga como infracción grave, a los efectos de la normativa de régimen disciplinario, los incumplimientos reiterados de las obligaciones de publicidad activa o de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de acceso. En este caso, se prevé que “el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.

La legislación vigente también ha previsto el establecimiento de autoridades independientes y especializadas de garantía del derecho de acceso, tanto a nivel estatal (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno) como de las comunidades autónomas y entidades locales (como, p. ej., la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública – GAIP, en Cataluña). Dichas autoridades conocen de las reclamaciones que los ciudadanos puedan presentarles voluntaria y gratuitamente antes de acudir a los tribunales del orden contencioso-administrativo, resolviéndolas en un plazo mucho más breve que estos (tres meses en el caso del Consejo estatal y dos meses en el caso de la GAIP). Sus resoluciones son vinculantes para la Administración reclamada y pueden ser impugnadas ante los tribunales del orden contencioso-administrativo (artículos 23, 24, 36 a 40, y disposición adicional cuarta LTE, y preceptos respectivos de las leyes autonómicas de

21. Gardini (2014). Como indica la *Corte Costituzionale* italiana, aunque sea de manera incidental: “La indexación y la trazabilidad gratuita en la web, con la ayuda de motores de búsqueda comunes, de los datos personales publicados, no es coherente para favorecer el conocimiento de la gestión pública y del uso de los recursos públicos. Estas formas de publicidad corren el riesgo de permitir la recuperación ‘casual’ de datos personales, y también estimulan formas de investigación inspiradas únicamente en la necesidad de satisfacer la mera curiosidad” (sent. 20/2019).

transparencia –p. ej., artículos 39 a 44 LTC–). Las leyes autonómicas prevén, asimismo, sanciones específicas por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia (p. ej., artículos 76 y siguientes LTC, aunque atribuyendo la competencia sancionadora a las propias Administraciones que las han incumplido).

Ciertamente, la LTE prevé que frente a toda resolución cabe recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa (cualquiera que sea la naturaleza, de derecho público o privado, de su autor). Pero también prevé como garantía básica la posibilidad de interponer una reclamación previa ante una autoridad independiente. Debe recalcarse que se trata de reclamaciones que sustituyen a los recursos administrativos, y están dotadas, por ello, de plena fuerza ejecutiva y ejecutoria, es decir, son vinculantes y de obligado cumplimiento, a expensas de la posibilidad de impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos, y del efecto suspensivo de este eventual recurso sobre su eficacia. Para el ámbito estatal, como se ha dicho, la LTE regula una autoridad administrativa independiente de nueva creación, el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*<sup>22</sup>. Su presidente es nombrado por el Gobierno y ratificado por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta. Su mandato, no renovable, es de cinco años, y sus causas de cese son tasadas. Concentra las principales funciones ejecutivas; entre ellas, la de resolver las reclamaciones. Junto a este órgano unipersonal ejecutivo se encuentra la Comisión, órgano colegiado e interinstitucional, con competencias que podríamos calificar de menores.

En relación con las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial, esta competencia pertenece “al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas”. Otras comunidades han residenciado la competencia para la resolución de reclamaciones en el Defensor del Pueblo autonómico (Castilla y León, y Galicia), mutando así para esta materia la hasta ahora “consustancial” naturaleza no ejecutiva de sus resoluciones.

En Italia, a diferencia de muchos países que han adoptado el modelo FOIA, falta una autoridad independiente dedicada a velar por la ejecución de la ley, a proporcionar pautas a las Administraciones y a resolver controversias en tema de acceso cívico. La existencia de una autoridad independiente encargada de la vigilancia y de la ejecución de la normativa en materia de acceso a la documentación pública es fundamental para la realización efectiva del principio de transparencia. “Sin autoridades de control independientes de derecho y de hecho no habrá auténtica transparencia. Y es que en materia de información, o se garantiza una respuesta independiente, rá-

---

22. Fernández Ramos (2017).

pida y gratuita a los reclamantes, o la tutela del derecho de acceso a la información no es efectiva. El Derecho comparado muestra cómo es la solución mayoritaria y cómo el papel de estas autoridades al interpretar y resolver es decisivo en la efectividad del derecho de acceso”<sup>23</sup>.

Desde este punto de vista, las decisiones adoptadas por el legislador español se revelan mucho más apropiadas.

## 6

### Acceso: ¿derecho individual o herramienta para la lucha contra la corrupción?

Un aspecto crucial de la vigente regulación española e italiana del derecho de acceso, que no ha sido suficientemente enfatizado, es determinar si el derecho de acceso puede ejercerse legítimamente tanto para los fines “altruistas” que justificaron el surgimiento histórico de dicho derecho (como derecho vinculado a la libertad de prensa) como para fines puramente “egoístas”. Esto es, que se ejerza no ya con la finalidad de efectuar un control democrático de la actuación de los poderes públicos y contribuir al debate público (finalidad que impulsa las solicitudes de acceso formuladas por los medios de comunicación y demás *public watchdogs* a que se refiere el TEDH, y cuyo resultado está destinado a ser ampliamente difundido a través de los medios, internet y publicaciones especializadas), sino para acceder a informaciones que interesen única o principalmente a quien las solicite.

El derecho a la información administrativa deriva directamente de la premisa principal según la cual la Administración se encuentra *al servicio del público*. El punto de partida conceptual para la afirmación del derecho de acceso a las informaciones públicas (*todo para todos*) es que las Administraciones públicas disponen de un ingente número de informaciones no en su propio interés, sino *en interés del público*. En esta vertiente de “archiveros”, las Administraciones públicas actúan como *custodios* del interés general, motivo por el cual todas las informaciones en poder de las Administraciones deberían ser accesibles al público, con excepción de aquellas expresamente excluidas por la ley en consideración a un interés prevalente, basado en razones de privacidad o secreto (las denominadas *exemptions*).

A partir del año 1966, la legislación FOIA de América del Norte pone formalmente en el centro un derecho fundamental del individuo a acceder a las informaciones públicas (*right to know*). El Convenio del Consejo de

23. Guichot Reina (2016: 103).

Europa de 27 de noviembre de 2008 ha sancionado por primera vez (en el sentido de que se trata del primer instrumento internacional vinculante) un deber general de *disclosure*, reconociendo un “derecho de acceso a los documentos públicos en posesión de las autoridades” [artículo 2.1)], confirmando que el derecho internacional contemporáneo considera la pretensión de recibir informaciones como un *derecho fundamental* del individuo<sup>24</sup>. En el marco europeo e internacional el derecho de acceso a la información pública se considera un *derecho fundamental del individuo*, mientras que la transparencia administrativa es tan solo un principio que debe informar el ejercicio del poder público<sup>25</sup>.

Sin embargo, no faltan los puntos críticos con respecto a la afirmación de este nuevo derecho individual. En Italia, como en España, el acceso generalizado ha sufrido una lenta metamorfosis y, desde un derecho fundamental del individuo, se ha convertido gradualmente en una herramienta para combatir la corrupción, un “desinfectante” contra la mala administración que solo indirectamente satisface el derecho a información del ciudadano. El acceso cívico se concibe como una herramienta para combatir la corrupción. Tiene como objetivo proteger el interés público consistente en ejercer un control generalizado sobre la Administración, antes que la satisfacción de un derecho individual a la información.

A pesar de estar abiertamente inspirado por la legislación FOIA de América del Norte, el Decreto Legislativo 97/2016 termina *funcionalizando* el derecho de acceso cívico al interés de la comunidad, colocándolo al servicio de transparencia pública y lucha contra la corrupción. La propia expresión “acceso cívico” evoca de inmediato la idea de un derecho reconocido en beneficio de la comunidad (*uti cives*) y no de su propietario (*uti singuli*). De esta forma, se ha introducido un derecho al conocimiento según el modelo FOIA (*right to know*), pero se ha configurado desde la perspectiva del interés de la colectividad en el ejercicio de un control sobre la gestión de los fondos públicos (lógica funcionalista), no desde el punto de vista del interés del particular en su propia realización y en su desarrollo personal (lógica individualista).

De manera análoga, en España se ha asistido a la progresiva transformación de un derecho individual –el acceso a la documentación administrativa–, originariamente introducido para la tutela de intereses particulares, en un principio estructural de las relaciones entre AP y ciudadano. Se ha producido, así, la singular metamorfosis de una situación subjetiva en un

24. Sobre esta cuestión, Savino (2013).

25. Pajno (2013).

criterio de buena administración. Por esa razón, hoy en día no tiene fundamento plantear la existencia del acceso a la información pública como derecho fundamental del individuo, sino como remedio para prevenir prácticas corruptas institucionales o generalizadas.

Esta evolución conceptual tiene varias repercusiones sobre la disciplina del acceso a la información pública. Téngase en cuenta que, en los sistemas jurídicos democráticos liberales, la “funcionalización” de un derecho, es decir, su metamorfosis de libertad a función, no deriva automáticamente de su exposición a límites derivados de la protección de algunos intereses públicos: sin embargo, cuando la cantidad de los límites es tal como para determinar la “esclavitud” de la posición subjetiva a fines distintos de los intereses del propietario, la cantidad también es relevante en términos de calidad, llegando a transformar el derecho en función<sup>26</sup>.

En el caso del derecho al acceso cívico generalizado, el bien protegido en general parece ser la “buena administración”, y no el “derecho a la información administrativa”: por lo tanto, la libertad individual, el derecho a saber, anunciado por la ley según el modelo FOIA norteamericano, ha asumido, en la implementación gubernamental y jurisprudencial, la apariencia de la función pública, mientras que la solicitud del titular se pone al servicio de la *civitas*. Desde este punto de vista, el acceso cívico comparte la misma condición de “interés ocasionalmente protegido”, cuya satisfacción depende de la satisfacción, esperada y protegida, de otro interés: el efecto es que solamente el segundo interés está legalmente protegido, mientras que el primero no lo está en absoluto<sup>27</sup>.

De este enfoque se derivan consecuencias muy significativas sobre la naturaleza y los límites del acceso a la información pública. Al examinar la jurisprudencia administrativa italiana reciente sobre el tema del acceso cívico generalizado, de hecho, es cada vez más frecuente leer que, “aunque [...] la ley no requiere la explicación del motivo de la solicitud de acceso, es implícito su cumplimiento con la satisfacción de un interés que presente un *valor público* y que no se limite a una exigencia exclusivamente privada, individual, egoísta o emulativa que, lejos de favorecer la participación consciente de los ciudadanos en el debate público, correría el riesgo de comprometer los mismos propósitos en la base de la introducción del instituto”<sup>28</sup>.

26. “Il diritto di informazione è un diritto individuale, che può ricevere una tutela più intensa laddove assolve ad una funzione sociale, ma senza che questa ponga il diritto al servizio di un fine predeterminato. L'imposizione di un vincolo di scopo ai diritti di informazione, anzi, rischia di essere inutile o dannosa”. Cudia (2007: 126).

27. Scoca (2017: 91-92).

28. T.A.R. Roma, 2 julio 2018, n.º 7326; T.A.R. Palermo, 1 octubre 2018, n.º 2020. El caso en cuestión se refería a la solicitud de acceso presentada por una agencia inmobiliaria que quería

En síntesis, en la interpretación prevaleciente el acceso cívico se reconoce como un derecho individual, pero solo cuando se ejerce con fines de interés general. *Un derecho individual al servicio de la comunidad*, en otras palabras.

En España, los jueces españoles que conozcan de solicitudes de acceso a información pública no pueden denegarlas en función de la finalidad perseguida y de su carácter altruista o egoísta, finalidad que ni siquiera consta en la petición. Solo pueden valorar la concurrencia o no de los límites al acceso previstos en los artículos 14 y 15 LTE y, en su caso, tener en cuenta dicha finalidad (cuando conste) y la naturaleza de la información solicitada (que tenga o no interés público), cuando efectúen el juicio de ponderación (*balancing test*) y decidan si debe prevalecer el acceso o el bien jurídico que pueda verse perjudicado por el mismo. En todo caso, el solicitante tiene derecho a manifestar las razones por las que presenta la solicitud, motivándola tanto en relación con el interés público que subyace al acceso como, en su caso, con referencia al interés privado. Tales razones, evidentemente, “pueden” ser tomadas en consideración en el momento de la decisión y, por lo tanto, su *ausencia* no puede constituir causa de rechazo de la solicitud (art. 17, apdo. 3). La formulación de esta regla es todo menos feliz: de hecho, incluso podría deducirse de ella que la insuficiencia (no la ausencia) de la motivación puede contribuir a determinar el rechazo de la solicitud<sup>29</sup>. Tal exégesis llevaría a “debilitar” la disposición anterior, según la cual la solicitud de acceso no debe ser motivada. Sobre esto, la doctrina considera que, mientras que el ciudadano tiene la *facultad* de motivar, la AP tiene la *obligación* –y no la facultad– de considerar el contenido de la solicitud de acceso por cómo ha sido motivada (por razón de las disposiciones del art. 88, párrafo 1, LRJPAC).

Finalmente, cabe señalar la escasa atención a la fase de *ejecución* que distingue el método de reforma italiano de los modelos anglosajón o francés. Aprobar una ley no significa llevar a cabo una reforma: a tal fin, es preciso introducir mecanismos de control, preparar a los empleados públicos para el cambio, un seguimiento adecuado de la ejecución y de los resultados, la identificación de puntos precisados de corrección. Baste considerar que en Reino Unido la implementación del FOIA 2000 ha exigido cinco años y 35 millones de libras esterlinas.

---

conocer los permisos de construcción recibidos por la municipalidad y relacionados con un barrio específico de la ciudad.

29. Según la LTE, art. 17, apdo. 3: “El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud”.

A este respecto, resulta muy interesante la experiencia de Colombia, donde una ley de 2014 establece una *obligación de educación formal a la transparencia*, a cargo del Estado. Según la Ley colombiana de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional (Ley 1712 de 2014), “el Ministerio de Educación, con el apoyo de la sociedad civil, deberá promover que en el área relacionada con el estudio de la Constitución, la instrucción cívica y el fomento de prácticas democráticas obligatorias para las instituciones educativas privadas y públicas, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución Política, se incluya información sobre el derecho de acceso a la información, sus principios y sus reglas básicas” (art. 31).

El fomento y la educación en la participación democrática, en mi opinión, es la única vía para llevar a cabo una reforma que tiene como objetivo lograr la transparencia de la AP y, por lo tanto, no representa una reforma solo jurídica, sino también cultural, económica y social.

## 7

### Bibliografía

- Arena, G. (2006). Trasparenza amministrativa. En S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico* (vol. VI, pp. 5945 y ss.). Milán: Giuffrè.
- Carloni, E. (2014). *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government* (pp. 271 y ss.). Maggioli.
- Cudia, C. (2007). Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione. *Diritto Pubblico*, 13 (1).
- Fernández Ramos, S. (2017). La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública. *Revista General de Derecho Administrativo*, 45.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M.<sup>a</sup> (2017). *El derecho al acceso a la información pública en España*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gardini, G. (2014). Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa? *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 875-892.
- Guichot Reina, E. (2016). Reflexiones acerca de la aplicación de la nueva normativa sobre transparencia pública. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 94, 89-106.

- Lombardi, F. (2018). *Spunti di riflessione sulla problematica applicazione delle diverse tipologie di accesso. Il possibile insegnamento derivante dall'esperienza spagnola. Federalismi.it*, 22.
- Merloni, F. (2008). Trasparencia delle istituzioni e principio democratico. En F. Merloni (dir.). *La trasparenza amministrativa* (pp. 3 y ss.). Milán: Giuffrè.
- Mir Puigpelat, O. (2017a). Access to public information in Spanish transparency law: the chronicle of a paradigm shift. *Revista catalana de dret públic* (English Edition), 55.
- (2017b). *El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma. Revista catalana de dret públic*, 55, 2017, 48-66.
- Pajno, A. (2013). Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione. Ponencia presentada en el 59° *Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 19-21 settembre 2013*. Disponible en: [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).
- Savino, M. (2013). La nuova disciplina della trasparenza amministrativa. *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 795-805.
- Scoca, F. G. (2017). *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Turín: Giappichelli.
- Sendín García, M. Á. (2014). Transparencia y acceso a la información pública. En J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. Á. Sendín García. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno* (pp. 93 y ss.). Granada: Comares.