

## **Transparencia en relación con el patrimonio de altos cargos y representantes políticos.**

**Sr. D. José Luis Piñar Mañas**

**Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad CEU-San Pablo de Madrid**

### ***Sumario:***

1.- Transparencia: un debate hasta ahora poco presente. 2.- Derecho de acceso como derecho fundamental o como principio de actuación de la Administración. 3.- Derecho de acceso como derecho fundamental, ámbito de aplicación del Proyecto de Ley de Transparencia y relación con otros derechos. 4.- El acceso a la información relativa al patrimonio de altos cargos y representantes políticos. 5.- Conclusión. Proyecto de Ley de Transparencia: ¿una ocasión perdida?.

### **1.- Transparencia: un debate hasta ahora poco presente.**

Ante todo quiero muy de veras agradecer a la Abogacía General del Estado que me haya permitido participar una vez más en estas Jornadas. Digo una vez más porque ésta es la tercera o cuarta ocasión que tengo de participar en tan importantes Jornadas. Agradezco además que se me permita hacerlo en torno a un tema especialmente importante.

Lo señalaba Víctor Pérez Díaz: la transparencia es crucial para la democracia. Y es sumamente indicativo, y me parece que de extraordinario relieve, que estas Jornadas, ya clásicas, de la Abogacía General del Estado, se hayan dedicado al tema de la transparencia y acceso a la información del sector público. Un tema que hace años era impensable. A nadie se le habría ocurrido plantear unas Jornadas sobre tal argumento, no ya solo porque no había ley -seguimos sin ley, aunque contamos con un proyecto- sino porque era un tema que estaba fuera del ámbito de interés del Derecho público, salvo en algunos sectores muy concretos.

Basta con un simple ejemplo: si consultamos los manuales de Derecho Administrativo al uso, en muy pocos hay un capítulo dedicado a la transparencia y acceso a la información. Es un tema hasta hace nada prácticamente inexistente y, sin embargo, ahora es "el tema", es "el gran tema", de modo que parece que hay que hablar de transparencia y que si así no se hace algo se está quedando en el tintero. Desde hace años vengo insistiendo en la necesidad de incorporar la transparencia al

debate del Derecho Público, y me alegra especialmente que por fin ese debate se haya abierto y se haya hecho de forma tal que pueda dar lugar, por fin, a la aprobación de una ley de transparencia y acceso a la información, aunque la que se ha presentado no sea la mejor de las leyes posibles.

Debo centrarme en una cuestión muy puntual según me pidieron los organizadores. Debería hablar de la transparencia en relación con el patrimonio de altos cargos y representantes políticos. Es un tema sectorial o colateral que en principio parecería que poco tiene que ver con el Proyecto de Ley de Transparencia que se ha presentado por el Gobierno. Quizá sea así, pero lo que resulta indudable es que sí tiene una estrecha relación con el modelo general de transparencia. Me van a permitir, entonces, y estructuraré así mi exposición, que primero haga unas breves reflexiones generales acerca de la transparencia y el acceso a la información, corriendo el riesgo, y lo asumo, de que algunas de las cosas que ahora diré ya se habrán, sin duda alguna, expuesto durante las sesiones anteriores. No obstante, creo que es importante partir de una previa reflexión general y reconducirla en particular a los altos cargos y representantes políticos.

A continuación, tras esa visión general sobre la transparencia, dedicaré unos minutos al Proyecto de Ley. Tengo el honor de haber participado, -no mucho, debo decir- en la Comisión de Expertos que se constituyó en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, para la elaboración y seguimiento del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno, por lo que algo sí me gustaría decir acerca del Proyecto.

Y por último me referiré a las dos cuestiones que en concreto debo tratar: la transparencia sobre el patrimonio de altos cargos, y la transparencia sobre el patrimonio de los representantes político.

## **2.- Derecho de acceso como derecho fundamental o como principio de actuación de la Administración.**

Vamos primero con esa reflexión general. Como seguramente sabrán, uno de los grandes temas que se plantea es el de si la transparencia, o más en particular el derecho de acceso a la información pública, es un derecho fundamental o es un principio de actuación de la Administración Pública. Son muchos los debates que se plantean, muchas las discusiones que todavía están vivas, y creo que seguimos sin contar con una respuesta clara y aceptada por todos. Quizá, como digo, habría que distinguir entre transparencia y acceso a la información, y hablar más del derecho fundamental de acceso a la información. La cuestión es muy importante, pues si lo

reconducimos tan solo a un principio de actuación de la Administración (y ésta es, parece, la opción del artículo 105 b), de la Constitución, así como, en mi opinión, la percepción que deriva del Proyecto de Ley), si vamos por esa vía, digo, apenas nada tenemos que decir en cuanto a un supuesto derecho de acceso a información referido a altos cargos -en cuanto miembros del Gobierno- y sobre todo representantes políticos. En efecto, si nos quedamos en la idea del principio de actuación de la Administración, podría no ser necesariamente aplicable a otros poderes y, en particular y en lo que ahora nos interesa, al legislador.

Si es un derecho fundamental, sin embargo, la cuestión cambia radicalmente. Ya no estaríamos ante un principio de actuación que se reconduce o se predica de la Administración y solo de la Administración, sino ante un derecho fundamental de los ciudadanos y no solo de los ciudadanos, sino de las personas, (éste es otro tema que también se ha analizado estos días: sin duda alguna hablamos del derecho de acceso, no de los ciudadanos, sino de las personas, pues uno de los requisitos esenciales del derecho de acceso es la no exigencia de legitimación alguna ni habilitación para acceder a la información. Cualquier persona puede acceder a cualquier información pública, si bien habrá que definir a qué tipo de información). Derecho, decía, de la persona, no sólo de los ciudadanos, sino de cualquier persona. De modo que, por ejemplo, un extranjero no comunitario podría ejercer el derecho -si estamos hablando de un derecho fundamental- igual que puede hacerlo un nacional comunitario.

Éste es el caso, por ejemplo, de países como Méjico. Méjico y gran parte de los países de la Unión Europea, Estados Unidos, la mayoría de los países de América Latina, han aprobado leyes de transparencia y acceso a la información. Pero me refiero a Méjico pues tiene uno de los modelos de transparencia más avanzados. Y aunque la realidad no siempre es la mejor de las posibles, lo cierto es que es mucho más intensa de lo que podemos imaginar, y hay que decir que la Ley de Transparencia y acceso a la información pública de Méjico ha conseguido, o está consiguiendo, cambiar la cultura democrática en ese país. Pues bien, la ley mejicana permite que cualquier persona pueda solicitar cualquier información que se refiera a los llamados "sujetos obligados", sin necesidad de identificarse ni invocar motivo alguno que justifique su solicitud. Y en caso de denegación de la información, es posible acudir al IFAI (Instituto Federal de Acceso a la Información) que dispone de facultades ejecutivas para imponer y exigir que se entregue la información. El derecho de acceso es considerado derecho fundamental, reconocido ya en la Constitución de acuerdo a una reforma reciente, que además es de ámbito federal y por tanto ampara a la persona frente a la denegación de cualquier

información que se le deniegue por parte de cualquier sujeto obligado.

Pues bien, en España la situación es muy otra. Todavía no se ha dado el salto a la consideración del derecho de acceso a la información, como un derecho fundamental. En América Latina -y disculpen si vuelvo de nuevo a ese caso- ya desde la Sentencia de la Corte Interamericana -de la que quizá ya han hablado- Claude Reyes, de 18 de septiembre de 2006, se admite la naturaleza de derecho fundamental, cierto que vinculado al derecho a la libertad de expresión e información, pero derecho fundamental al fin y al cabo.

### **3.- Derecho de acceso como derecho fundamental, ámbito de aplicación del Proyecto de Ley de Transparencia y relación con otros derechos.**

Bien, si esto es así, el ámbito de aplicación del derecho de acceso tiene que ser mucho más extenso que el ámbito de aplicación al que se refiere el proyecto de ley, que es mucho más limitado. No vamos a entrar ahora en el análisis del Art.2 del proyecto, pues ya ha sido objeto de análisis en estas Jornadas, pero uno de los aspectos que más críticas ha generado -de la OSCE por ejemplo- es el ámbito subjetivo de aplicación de la ley que se proyecta aprobar, que se considera muy restringido. Tan limitado que no alcanza a otros poderes del Estado, más que en la actividad que desarrollen sometida a Derecho Administrativo. Esto se debe a que la Ley no parte de la concepción del derecho de acceso como verdadero derecho fundamental, sino -querámoslo o no reconocer- como un principio de actuación de la Administración.

Caigamos en la cuenta -y este aspecto es de especial relevancia- de que esa concepción condiciona la relación del derecho de acceso, y en suma de la transparencia, con el derecho a la protección de datos. Éste, como ha señalado el Tribunal Constitucional, solo puede ceder frente a otros derechos de igual o superior relevancia. En consecuencia ante una colisión entre protección de datos y transparencia, si la transparencia y el derecho de acceso son un principio de actuación, debería ceder siempre la transparencia: si la transparencia y el acceso son tan sólo un principio de actuación de la Administración, deberían ceder siempre ante la protección de datos, en cuanto derecho fundamental.

Se trata de un extremo que debe esclarecerse pues incide en la extensión que se dé al acceso a la información, no ya patrimonial sino de otro tipo, referente a altos cargos y representantes políticos.

Estoy convencido de que el derecho de acceso es un derecho fundamental. Ciertamente no expresamente recogido en la Constitución, pero sí derivado del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información. El derecho a la protección de datos tampoco se cita expresamente en el artículo 18.4 de la Constitución, lo que no ha impedido que, sobre todo a raíz de las Sentencias del Tribunal Constitucional 290 y 292 de 2000, se haya considerado que sí deriva del citado precepto. Pese a que el 18.4 se refiere solo al tratamiento automatizado de la información, a "la informática", lo que no ha impedido que se haya extendido a cualquier tratamiento, informatizado o no, de datos de carácter personal, sean estos íntimos o no.

Pues bien, del mismo modo cabe considerar, en mi opinión sin demasiados esfuerzos, que la Constitución también consagra el derecho de acceso a la información, como derecho fundamental. Porque, además, cualquier sistema democrático lo requiere. El conocido autor americano Alan Westin ha señalado con razón que los Estados totalitarios quieren un ciudadano de cristal y una administración opaca, mientras que los Estados democráticos lo que buscan es un ciudadano opaco y una Administración de cristal. Un Estado democrático -como el nuestro- requiere una Administración de cristal; unos poderes públicos de cristal y un ciudadano opaco, protegido frente al tratamiento que se haga de sus datos de carácter personal.

#### **4.- El acceso a la información relativa al patrimonio de altos cargos y representantes políticos.**

Dicho lo anterior, ¿cómo se regula en particular la cuestión del acceso a la información relativa al patrimonio de altos cargos y representantes políticos?.

Para responder a ello hemos de tener en cuenta lo establecido en leyes sectoriales: la Ley 5/2006, de Conflicto de Intereses -que por cierto va a ser modificada en algunos aspectos importantes por el Proyecto de Ley de transparencia- en cuanto a los altos cargos se refiere; y la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en cuanto a los representantes políticos. Ley Orgánica complementada o desarrollada por diversos acuerdos -a los que ahora mismo me referiré- de las Mesas del Congreso y del Senado, en particular el Acuerdo de 21 de diciembre de 2009, y el de 19 de julio de 2011, que modifica al anterior.

Antes de seguir debemos tener en cuenta que tales leyes son leyes sectoriales a efectos de lo que dispone la Disposición Adicional Primera del Proyecto de Ley. Tal disposición se refiere a las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública. Es decir, la normativa reguladora que

corresponde al procedimiento administrativo será la aplicable al acceso, por parte de quienes tengan la condición de interesados, en un procedimiento administrativo en curso, en el momento en que se integren en el mismo. Según el punto 2, - que es el que nos interesa ahora- se rigen por sus normas, y por esta ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. Y lo cierto es que hay un régimen jurídico específico de acceso a la información en los ámbitos que les estoy comentando. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que se trata de un régimen específico en lo que a la publicidad activa se refiere, no en cuanto al acceso a la información, o publicidad pasiva. Porque en la LOREG y en la Ley 5/2006, no hay prácticamente ningún atisbo de algún régimen de derecho de acceso a la información, sino tan solo una obligación de hacer pública cierta información. Es decir, estaríamos en el ámbito de la publicidad activa, pero no en el del Capítulo III del Título I del Proyecto, derecho de acceso a la información pública. Si bien hay que resaltar que resulta discutible entender, al menos en lo que se refiere a los representantes políticos, es de aplicación el Capítulo III -al que acabo de referirme- pues el mismo es desarrollo del 105 b) de la Constitución, que se refiere, como ya sabemos, a las Administraciones Públicas. Por tanto, es más que dudoso, en mi opinión, que sea aplicable supletoriamente, al menos en relación con los representantes políticos.

Distinto es el tema de los altos cargos, y ello debido a la doble naturaleza del Gobierno y de la Administración General del Estado, en cuanto Administración y en cuanto Gobierno. En cualquier caso, con la definición del ámbito subjetivo que contiene el Art.2 del Proyecto es difícil entender, en mi opinión, que también se extiende a los altos cargos, porque cuando la ley ha querido que la misma se extienda a los altos cargos lo ha dicho expresamente, y así lo ha hecho en el Título referido al buen gobierno. En efecto, en el Art. 22, al hablar del ámbito de aplicación del Título II sí que incluye expresamente en su ámbito de aplicación a la Administración General del Estado, y en particular a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de altos cargos. Previsión tan clara y expresa que sin embargo no se encuentra en el Art. 2, que regula con carácter general el ámbito de aplicación de la ley. Por tanto, podríamos llegar a la conclusión de que a los altos cargos solo se les aplica el Título referente al buen gobierno, además de lo dispuesto por la Ley 5/2006.

Lo cual nos deja, en mi opinión, con una sensación agridulce, y nos vuelve a plantear o hacer que nos planteemos si estamos o no ante un derecho fundamental. Y una vez más parece que la respuesta es negativa.

Estamos hablando, pues, solo de transparencia activa, no de acceso a la información. Transparencia cuyo alcance se establece en las leyes a las que vengo refiriéndome. En lo que ahora nos interesa, se traduce en hacer públicas las declaraciones de actividades y las declaraciones patrimoniales de los altos cargos y de los representantes políticos, y poco más. Que esto es así lo demuestra -incluso- la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2011, de 15 de julio, por la que se modificó el Art.160 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que se refiere al contenido del registro de intereses de los parlamentarios, para decir que el mismo tendrá carácter público. La Exposición de Motivos es muy breve, pero merece la pena recordarla ahora, pues parecería que quienes redactaron la Ley se sienten en la obligación de justificarse de o por algo. Partiendo de una posición absolutamente defensiva dice que "los Diputados y Senadores han de ser ejemplo de rigor y de transparencia, de manera que ambos principios constituyan las señas de identidad de su actividad política..... La transparencia establecida en la presente ley no invade derechos constitucionales ni convierte a los gestores públicos en sospechosos de conductas irregulares... las circunstancias de la vida pública española operan a favor de la transparencias de las rentas y bienes de las personas que elaboran y aprueban las leyes, un velo protector que difumine o coloque en un registro secreto la realidad patrimonial de los legisladores, más que proteger su derecho a la intimidad, podría presentarse por aquellos que buscan la ocasión para generalizar sin rigor o difamar sin causa, como circunstancia propicia para la maledicencia y hasta como indicio sospechoso de comportamientos repudiables". Parecería -antes lo decía- como si hubiese que atajar cualquier duda acerca de la honestidad de nuestros representantes políticos estableciendo el carácter público del registro de intereses. Algo que se desarrolla primero, antes de esta reforma, por el Acuerdo de las Mesas del 2009, y ahora en aplicación de esta Ley, por el Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 19 de julio de 2011, por el que se insiste en el carácter público del Registro y se regulan los impresos de las declaraciones de bienes y rentas de Diputados y Senadores.

Pero que apenas aporta nada nuevo. Basta con acceder a la página web del Congreso o del Senado para comprobar que las declaraciones de bienes y rentas de Diputados y Senadores apenas facilitan información relevante. Merece la pena recordar que, con motivo de la Ley 5/2006, por primera vez en España, y así se presentó, se hicieron públicas las declaraciones de bienes de los miembros del Gobierno, y gracias a ellas pudo saberse que había miembros del Gobierno que vivían con poco más de treinta mil euros al año, cantidad

que alcanzaba a todos sus bienes. Lo que debe llevarnos a la evidente conclusión de que hacer públicas esas declaraciones y hacer público el contenido del Registro de Intereses, por sí solo, no alcanza a resolver el problema de la transparencia de los altos cargos y representantes políticos.

#### **5.- Conclusión. Proyecto de Ley de Transparencia: ¿una ocasión perdida?.**

Por eso -y ya termino- con el Proyecto de Ley de Transparencia se ha perdido en mi opinión una magnífica ocasión para apuntalar lo que debe ser algo esencial, capital, en cualquier Estado democrático. Me refiero a que no basta con una ley que regule algunos aspectos del derecho de acceso -y que realmente es un paso delante respecto de la situación actual-, sino que es imprescindible optar por un modelo de verdadera transparencia, por un verdadero Estado transparente.

La aprobación del Proyecto de Ley va permitir incluir a España entre los países que tienen Ley de Transparencia. Como sabemos, en Europa, además de nosotros, solo Chipre y Malta carecen de Ley. Al aprobar el Proyecto, como digo, pasaremos a engrosar el listado de países con ley de Transparencia, pero me temo que, de aprobarse como está, nos acercaremos más al ejemplo italiano, que en efecto cuenta con ley de acceso, pero que no puede incluirse entre los países con transparencia. Es distinto estar en el grupo de países con ley formal de transparencia que en el de los países con transparencia o transparentes. Porque en Italia no se garantiza realmente el acceso a la información. Y en mi opinión con España va suceder o puede suceder algo parecido: al aprobarse la Ley -repito que en los términos en que ahora se encuentra- podremos afirmar que formalmente contaremos con Ley de Transparencia, pero no que tengamos un modelo de transparencia homologable a los de cualquier Estado democrático de nuestro entorno, como debería ser. Entre otras cosas por el diseño que se ha hecho del órgano encargado de supervisar o tutelar la transparencia. Agencia, que en realidad carece de competencias o facultades efectivas para garantizar con independencia la transparencia, diseñada como órgano ante el que se puede interponer una suerte de recurso de alzada, pero, como digo, sin facultades para imponer y, en su caso, sancionar, la no entrega de la información.

Además el propio procedimiento que la ley diseña la hace, en mi opinión, muy poco operativa. Pues ante la falta de respuesta ante una solicitud de información opera el silencio negativo (como por lo demás suele ser habitual en el ámbito del derecho comparado). Pero, es que si se recurren ante la Agencia vuelve a operar el silencio negativo, rompiendo así la

regla general de la Ley de Procedimiento Administrativo de que el doble silencio ha de entenderse como silencio positivo.

En conclusión, primero, quizá la Ley debería haber sido algo más ambiciosa; y segundo, seguramente se tendría que haber incorporado a la Ley lo referente a la transparencia del patrimonio de altos cargos y representantes políticos, o al menos haber dejado claro que ciertos principios esenciales de la Ley se aplican también al Régimen que regula la Ley 5/2006 y la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.