

“EL FUTURO DE LAS LEYES”

La ley del Ararteko. Construyendo el futuro
Una reflexión sobre las defensorías del pueblo
Parlamento Vasco
12 junio 2023

M^a Dolores Fernández Galiño- Valedora do pobo

Egun on, buenos días,
Zorionak, Ararteko, querido Manu, por tu iniciativa de reunirnos para analizar y debatir como mejorar día a día nuestra tarea como defensores de las personas,
Eskerrik asko, por darme la oportunidad de visitar una vez más esta extraordinaria tierra de Euskadi, con la que todas las personas de Galicia nos sentimos hermanados.

La transparencia es una exigencia inescindiblemente unida a los valores fundamentales de la sociedad democrática. Y, por ello, su reconocimiento ya aparece en los mismos fundamentos ideológicos sustentadores del Estado de Derecho surgido de las revoluciones liberales en contraposición al Antiguo Régimen, caracterizado por el oscurantismo, el secretismo y la arbitrariedad del Poder Público.

El Conde de Mirabau, uno de los más relevantes pensadores de la Revolución francesa, expresaba la fuerza de la transparencia en su conocida frase en defensa de la publicidad de los juicios: «Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrupto, incluso mi enemigo, si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público». Para Beccaria, el padre del derecho penal moderno, «el secreto es el escudo más fuerte de la tiranía». Kant tildaba de «injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados».

Al otro lado del Atlántico, Madison, uno de los padres de la Constitución de los EEUU, y uno de sus primeros Presidentes, afirmaba que «un gobierno democrático sin prestar información a la población, o sin disponer de los medios para adquirirla, es un prólogo de una farsa o de una tragedia, o quizás de ambas cosas».

Sin necesidad de irnos fuera, Antonio Maura popularizó una expresión que hoy todos conocemos: «Yo, para gobernar, solo necesito luz y taquígrafos». Se enfrentaba así el estadista al sistema caciquil y a una forma de hacer política a través de cabildeos y chanchullos.

Los primeros textos constitucionales y declaraciones de derechos humanos se hicieron eco de estas ideas. El antecedente más antiguo lo encontramos en la Ley de Prensa de Suecia de 1776, que se considera parte integrante de su Constitución, en la cual se facilitaba el acceso público a los documentos del gobierno como un medio contundente contra la arbitrariedad, la corrupción, el favoritismo y el tratamiento desigual desde el poder público hacia la ciudadanía.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 lo expresó de manera contundente: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público de su administración”.

La transparencia aparece vinculada a las libertades de opinión y de expresión. La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, y que este derecho incluye el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. En términos similares se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dado que la transparencia pública es consecuencia lógica del derecho a comunicar y recibir libremente información por cualquier medio de difusión, se erige en un derecho humano, un derecho fundamental que es básico en la construcción del Estado democrático de Derecho.

El Estado de Derecho liberal del Siglo XIX ha evolucionado, en especial desde la Segunda Guerra Mundial, hacia una profundización democrática.

Esta evolución desde el clásico Estado de Derecho liberal al moderno Estado democrático de Derecho en que se inscribe nuestra Constitución ha asentado todavía más la transparencia en el mismo corazón de la democracia, de la democracia avanzada en que nuestra sociedad moderna quiere vivir. No es, pues, de extrañar que nuestra Constitución recoja una norma sobre transparencia (y este es el único artículo que citaré): el artículo 105, letra b), según el cual “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”.

Ciertamente, la colocación sistemática de esa norma ha dificultado en ocasiones su consideración como un derecho fundamental que estaría ligado a la participación en asuntos públicos y a la libertad de información. Aunque esa carencia ha sido en gran medida corregida gracias a las leyes sobre transparencia y buen gobierno adoptadas en el Estado y en las CCAA.

No se trata todo lo anterior solo de teoría sin trascendencia en la evolución de las sociedades y en la vida de las personas. La realidad ha demostrado el potencial transformador de la transparencia hacia mayores niveles de democracia. Así, se ha evidenciado en los cambios políticos acaecidos en Europa en las últimas décadas. La determinación de Mijail Gorbachov, último Presidente de la Unión Soviética, a la hora de instaurar una política de glasnost (en ruso transparencia) fue una causa determinante del cambio político.

Con todo este bagaje histórico, político, jurídico e ideológico no es en absoluto extraño que los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (Agenda 2030) contemplen, como uno de sus 17 Objetivos, uno de ellos, el 16, que es “promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”. Y dentro de este ODS, hay una meta específica sobre la transparencia, la 16.6: “Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas”.

La transparencia de los Poderes Públicos, su control y su garantía, son un elemento estructural de nuestro sistema político democrático: previene la corrupción de los poderes públicos y de otros riesgos de malfuncionamiento del sistema democrático, favorece la eficacia de los servicios públicos y garantiza la formación de una opinión pública a través de la información seria y rigurosa que posibilite el ejercicio consciente de los derechos civiles, entre ellos la participación política y muy particularmente el voto como pilar sobre el que se construye la democracia representativa. En suma, la transparencia de los Poderes

Públicos legitima la democracia al ser una condición necesaria para la solidez de las instituciones democráticas y su debido funcionamiento.

El carácter estructural de la transparencia en la democracia se va asentando en los niveles políticos. Y así lo proclaman en nuestro país los medios de comunicación, la opinión pública, las empresas, o los instrumentos fundamentales de la participación política en palabras de nuestra Constitución, o sea, los partidos políticos. Apenas encontraremos alguno de estos últimos que no haga mención en su programa o ideario en materia de *desarrollo democrático* a la necesidad de avanzar en materia de transparencia, muchas veces dentro de epígrafes tan ilustrativos como *regeneración democrática*.

Permítaseme añadir que el éxito de la transparencia como mecanismo de control frente a los abusos de quienes se encuentran en una posición de poder ha determinado que la transparencia no se haya quedado en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno y las Administraciones públicas con la ciudadanía. Hoy en día la transparencia se exige en otras relaciones jurídicas donde se aprecia una situación de desigual poder, no ya político, también económico o social entre las personas implicadas. Así, se ha convertido en algo imprescindible, por ejemplo, en la contratación mercantil, donde las buenas prácticas informativas resultan determinantes a la hora de definir la validez de los contratos o de determinar algunas cláusulas como abusivas. De esta forma, en la *gran recesión* de 2008, la transparencia ha resultado clave para la valorar y gestionar algunos de los graves problemas asociados a la crisis económica y financiera que afectaba a todos los órdenes de la vida y a muchas personas. La falta de transparencia de las hipotecas y de otros productos financieros determinó su nulidad y en cierta manera su consideración, no solo económica, sino también jurídica, como productos tóxicos.

Otro ejemplo en un ámbito diferente al anterior, lo encontramos en la reciente Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

Llegados a este punto, nos toca ya centrar la exposición en la relevancia que la transparencia y el derecho de acceso a la información pública presentan en el quehacer ordinario de nuestras instituciones de defensa de derechos de la ciudadanía y de supervisión de las

administraciones públicas, y en particular en cómo ello se ha institucionalizado en la Comunidad autónoma de Galicia.

Un botón de muestra de la importancia de la transparencia en la labor de las defensorías lo encontramos en el XIII Informe de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, precisamente dedicado a *Transparencia e información pública*, publicado en 2015, y suscrito por todas las defensorías que forman parte de la Federación, entre ellas la Valedora do Pobo. Allí se destaca que “cada vez existe mayor acuerdo en afirmar que sin democracia no hay derechos humanos que valgan, que democracia es sobre todo participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, y que no hay participación posible sin la previa apropiación, por todas las personas, de la información pública necesaria para conocer, y en su caso criticar y proponer”.

En nuestro trabajo cotidiano como defensorías, todas las instituciones contamos con una amplia experiencia de trabajo en materia de transparencia. La supervisión de la actividad o inactividad de las administraciones en este terreno viene de lejos. En diferentes campos, como los derechos informativos de los concejales, el medio ambiente o el urbanismo, el acceso a la información pública ha sido un elemento principal en la defensa del interés público.

Incluso nuestra propia actividad interna está determinada por la necesidad de respetar el principio de transparencia. No pocas leyes reguladoras de las defensorías señalan en este sentido que se informará a las personas interesadas, y en su caso a los diputados o comisiones parlamentarias, del resultado de las investigaciones y de la respuesta dada por la administración o los funcionarios, salvo si, de acuerdo la ley, son reservadas o secretas.

A todo ello en la reciente generación de leyes de transparencia se han añadido funciones de diferente tipo encomendadas a las defensorías, sin duda teniendo en cuenta que su naturaleza independiente con respecto al Poder Ejecutivo las caracterizaba como idóneas para ello.

En ocasiones se ha dado participación activa a las defensorías en los órganos colegiados de control de la transparencia, como sucede, por ejemplo, con el Defensor del Pueblo, y en otros las atribuciones han ido más allá. En estos últimos casos el legislador ha considerado que ese carácter independiente de las instituciones resultaba adecuado para atribuirle funciones centrales en materia de transparencia.

Es el caso de la ley gallega, que atribuye a la Valedora do Pobo la condición de *Comisionada da Transparencia* para el control general de esta materia, especialmente en lo que se refiere a los contenidos cuya publicidad debe realizarse sin necesidad de previa petición.

Sus funciones son emitir informes previos sobre proyectos de ley o de reglamentos en materia de transparencia; efectuar, por iniciativa propia o a causa de denuncia, requerimientos para la enmienda de los incumplimientos de los deberes en materia de publicidad activa; responder a las consultas en materia de transparencia; o adoptar recomendaciones para mejor cumplimiento de los deberes legales derivados de la ley en materia de transparencia.

La misma ley también crea la *Comisión da Transparencia*, un órgano colegiado que se adscribe a la Valedora do Pobo, cuyo fin es conocer los recursos sustitutivos contra las resoluciones de las administraciones a las solicitudes de acceso a la información pública. Con esta última fórmula se garantiza que la decisión en el ámbito administrativo en último término se conforme de manera independiente de la administración afectada.

La Valedora lleva el peso administrativo de la Comisión con la recepción de los recursos, las notificaciones, la elaboración de las propuestas de resolución y la publicación de las resoluciones.

Finalmente, la ley gallega establece que la *Valedora do Pobo* incluya en su informe anual ante el Parlamento de Galicia un epígrafe relativo al grado de aplicación y cumplimiento de la ley de transparencia, en la cual recogerá sus criterios interpretativos y recomendaciones, la relación de reclamaciones, la actividad de asesoramiento, los requerimientos efectuados, y el grado de cumplimiento de los deberes de publicidad activa.

En definitiva, la ley gallega asigna nuevas funciones a la Valedora do Pobo:

- como *Comisionada da Transparencia* desarrolla una intervención general para la garantía de la transparencia, en particular para la efectividad de sus principios y sus normas, el control de la publicidad activa y la corrección de sus incumplimientos; y
- como institución en la que se incardina la *Comisión da Transparencia* le corresponde la dirección y la aportación de la infraestructura para la resolución de las reclamaciones o recursos en materia de acceso a la información pública.

Estas nuevas funciones en materia de transparencia se caracterizan por ir más allá del ejercicio de la *auctoritas* propia de las defensorías para entrar en el terreno del puramente administrativo del control y la garantía. Por ello, el desarrollo de la labor de la *Valedora do Pobo* en materia de transparencia no se rige por los principios de su actuación ordinaria, fundamentalmente la aformalidad o no sujeción a las leyes administrativas de procedimiento, el carácter sumario de sus investigaciones y valoraciones, y la capacidad de resolver en base a criterios amplios, no sólo de legalidad, sino también de equidad, justicia u otros.

Por el contrario, el ejercicio de las nuevas funciones debe encauzarse a través de las leyes de procedimiento que rigen en el ámbito administrativo.

Todo ello exige una clara diferenciación en el ejercicio de cada una de las funciones, tal y como se establece legalmente bajo la fórmula de la estricta separación de tales funciones. Pero además, para el correcto desarrollo de las nuevas labores se hizo necesario aumentar, reordenar y reasignar los medios personales y materiales con los que contaba la institución.

Desde el primer momento quedó patente que nos adentrábamos en un terreno hasta entonces desconocido y que surgirían cuestiones fundamentales que habrían de resolverse si queríamos evitar un aparente desdoblamiento de la actuación de la institución que podía conducir cierto grado de confusión. Y es que la actuación de los órganos de control de la transparencia es puramente administrativa y por ello, en principio, objeto de supervisión por las defensorías en el ejercicio de su función ordinaria. No se prevén excepciones subjetivas que permitieran obviar la labor de la propia Valedora como Comisionada o como institución en la que se integra la Comisión, de la misma manera que no hay espacios objetivos que se consideraren exentos.

Sin embargo, aun teniendo muy presente la premisa legal de la separación de funciones, la reunión de ambas funciones, la de control general y la de transparencia, en una única institución, por fuerza derivaba en la imposibilidad de que la Valedora conociera quejas contra los actos o resoluciones de órganos de la propia Valedora.

De la misma forma, la labor más propia de la Valedora también se veía necesariamente influida por su condición de institución garante de la

transparencia, de tal forma que los estándares de la Comisión y de la Comisionada influirían inexorablemente en la labor más propia, es decir, en sus valoraciones de las quejas, en las recomendaciones o en los informes.

Pero el papel de las defensorías en materia de transparencia no se agota en lo expuesto; a la vertiente externa que acabamos de tratar se une un elemento que podemos denominar interno o ejemplarizante, de vital importancia en instituciones de *auctoritas*, que deben ser especialmente rigurosas a la hora de establecer los propios umbrales de transparencia.

Para finalizar, puede ser de utilidad aportar algunas consideraciones de interés que creo compartimos gran parte de las instituciones que trabajamos para lograr hacer efectivo el que hemos llamado derecho a la transparencia.

En primer lugar, a día de hoy, cuando han transcurrido más de 10 años desde las primeras leyes generales de transparencia, ya existe un amplio acervo doctrinal y jurisprudencial que permite ser más preciso a la hora de aplicar esa normativa. Como acertado resumen de ese acervo podemos citar jurisprudencia ya sólida del Tribunal Supremo. Esa doctrina legal establece que se debe tomar como premisa la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información pública en la ley. Eso obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, los límites y las causas de inadmisión de las solicitudes de información.

Sin embargo, no todo el camino está andado a estas alturas y se aprecian claras carencias en el tratamiento administrativo de la transparencia, que aún no permite dar completa satisfacción a los objetivos declarados de la ley: que la acción de los responsables públicos se someta a escrutinio, y para ello, que los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones. Solo entonces podremos afirmar que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.

Restan por abordar cuestiones fundamentales en el valor democrático de la transparencia. Parecen necesarios medios de ejecución forzosa para que las resoluciones administrativas tengan la misma efectividad que otros actos administrativos; también extender el ámbito subjetivo

de la ley, es decir, los sujetos obligados, para incluir a las entidades que prestan servicios públicos esenciales, aunque lo hagan como empresas privadas: entidades financieras, de comunicaciones, energéticas...; y también parece necesario que las garantistas de la normativa general se apliquen sin excepción en todos los sectores del ordenamiento administrativo, por ejemplo a la protección del medio ambiente.

Para abordar esta y otras carencias se ha promovido un grupo de trabajo y una ponencia que tiene por fin la reforma de la ley de transparencia, en las que participa la institución de la Valedora do Pobo. Esperemos que sirva para resolver algunos de los problemas apuntados. Aunque comparto con muchas personas que la gran reforma pendiente es de mentalidad y afecta fundamentalmente a los poderes públicos, las administraciones y las entidades de servicio público, a los que aún falta un largo camino por recorrer hasta interiorizar con suficiente firmeza que la información pública no es suya, sino de la ciudadanía, de todas las personas sin excepción, y que la transparencia es un valor democrático irrenunciable.

Eskerrik asko, muchas gracias.