

EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA EN ESPAÑA. ERRORES Y SOLUCIONES

Recibido: 20 de Marzo de 2013

Aprobado: 05 de Julio de 2013

Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva

Universidad Complutense de Madrid

msdiego@ucm.es



Periodista y Abogado. Doctor y Licenciado en Derecho por la UCM. Licenciado en Ciencias de la Información (Periodismo) por la UCM. Diploma de Estudios Avanzados en Gestión de la Comunicación: Relaciones Públicas, Información y Publicidad por la Universidad de Vigo. Diplomado en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la cátedra de Derecho de la Información. Facultad de Ciencias de la Información. Profesor en varios másters oficiales. Conferencista en Jornadas y Congresos internacionales. Profesor Visitante en la Universidad de Chile y en la Universidad de Buenos Aires. Investigador del proyecto “Ciudadanía Digital y Open Data Access: Empoderamiento ciudadano a través de los medios sociales en el entorno digital”. Plan Nacional de Investigación, 2012. Vocal de los Tribunales calificadoros de las pruebas de ingreso a la Carrera Judicial y Fiscal. Experto europeo en los programas Phare Anticorrupción en Rumanía y Eslovaquia (2002). Autor de más de cincuenta publicaciones científicas. Director de 8 tesis doctorales que obtuvieron el sobresaliente cum laude (4 autores españoles, un argentino, una costarricense, un boliviano y un chileno). Miembro de varios comités científicos de prestigiosas revistas académicas de España y Latinoamérica.. Colaborador en programas de debate de TV, radio, prensa escrita y prensa digital.

Resumen

España ha iniciado el proceso de elaboración de una Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En un momento en el que existe una gran desconfianza de la ciudadanía hacia sus políticos puede ser un medio para recuperar la confianza y credibilidad. Para lograrlo la ley que se apruebe debe de reapoderar a los ciudadanos. Sin embargo, un análisis detenido del texto que se encuentra en el Parlamento español nos indica que todavía existen graves carencias. En este documento se realiza un minucioso estudio de los errores y las posibles soluciones.

Palabras clave: Derecho de acceso a la información pública. Transparencia. Buen Gobierno. Legislación. España. Libertad de expresión. Libertad de información. Corrupción. Administraciones Públicas.

Abstract

Spain has begun the process of drafting a Transparency Act, Access to Information and Good Governance. In a time when there is a great distrust of citizens towards their politicians it could be and instrument to restore confidence and credibility. To achieve this, the law to approve will repower citizens. However, a careful analysis of the text that is actually in the Spanish Parliament indicates that there are still serious deficiencies. This paper fulfill a thorough study of the errors and possible solutions.

Key words: Right of access to public information. Transparency. Good Governance. Legislation. Spain. Freedom of expression. Freedom of information. Corruption. Government.

*Non enim est occultum, quod non manifestetur,
nec abscondit, quod non cognoscatur et in palam veniat (Lc. 8,17)¹*

Punto de partida

En España no existe una ley de transparencia, ni se reconoce el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. El punto de partida es el propio de las administraciones opacas en donde el poder actúa de forma secreta como medio para ser eficaz, método inquisitorial más propio del Tribunal del Santo Oficio que de un estado democrático avanzado. Este modelo se corresponde con el funcionario burócrata del tipo descrito por Max WEBER (1972, 285-286) que protege la información y el secreto como fórmula para mantener su propia parcela de poder.

Es cierto que la opacidad ha ido quebrándose poco a poco. Comenzando con el derecho de acceso al expediente de quien que forma parte del mismo, del implicado. Se trata de una medida que se introdujo en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y cuya finalidad era evitar la indefensión del administrado frente a la Administración.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común va a recoger dos “intervenciones” diferentes en relación a la información en manos de las administraciones públicas. La intervención del “interesado” según el artículo 31 de la citada ley: aquel que promueve un procedimiento administrativo, los que tengan derechos que puedan resultar afectados, aquellos que tengan intereses legítimos, individuales o colectivos y que se personen el procedimiento antes de que recaiga resolución definitiva o, las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales. En este caso el artículo 35.A otorga al interesado el conocimiento del “estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”.

¹ Porque nada hay oculto que no haya de manifestarse; ni secreto que no acabe por conocerse y hacerse público (Lc 8,17)

La otra “intervención” que contempla la citada Ley 30/1992, es la propia del artículo 35.h, referida a cualquier persona a acceder “a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes”. Derecho que se desarrolla en el artículo 37 y que tiene su origen en el artículo 105 B) de la Constitución Española (*La ley regulará:...b.- 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*). En este caso existe una clara divergencia entre los tres límites al acceso a los registros y archivos que contempla la Constitución en el artículo 105 b) -seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas- y los límites que la Ley 30/, 1992 introduce en su artículo 37.

De este precepto se ha dicho por el profesor Severiano Fernández Ramos: “extenso y complejo artículo 37...” elaborado al igual que toda la Ley de forma exclusivamente interna, “...desde el aparato de la Administración del Estado y con la única participación «externa» del Consejo de Estado” (1997, 367-36). Elaboración que a juicio de la doctrina fue “rápido y silencioso” (MARTÍN-RETORTILLO 1993, 214). Por eso cuando se redacta este artículo 37 se incluyen otros límites además de los fijados en el artículo 105 b) (seguridad nacional, intimidad y averiguación de los delitos):

1. No expedientes de procedimientos no terminados en la fecha de la solicitud. Párrafo 1º.
2. Datos nominativos no íntimos, sólo accederán los titulares o quienes acrediten un interés legítimo y directo. Párrafo 3º.
3. Los de procedimientos sancionadores y disciplinarios. Párrafo 3º.
4. El interés público. Párrafo 4º.
5. Los intereses de terceros más dignos de protección o cuándo los disponga una Ley. Párrafo 4º.
6. Actos de gobierno de Comunidades Autónomas y del Gobierno de España. Párrafo 5º apartado A).
7. Secreto comercial o industrial. Párrafo 5º apartado D).
8. Actos de política monetaria. Párrafo 5º apartado E)
9. La eficacia del funcionamiento de los servicios públicos que exige realizar una petición individualizada e impide una petición genérica de información . Párrafo 7º.

Además de constituir un *tórum revolútum*, todos los límites introducidos suponen que la transparencia que desarrolla este artículo 37 se haya calificado de “ridícula e ineficaz” (ÁLVAREZ MARTÍN, 2012). No sirve como norma que reconozca un derecho de acceso a la información pública, ni como norma de transparencia válida. Ya hemos manifestado que “como puede comprobarse, este artículo 37 de la Ley 30/92 no desarrolla un auténtico derecho de acceso, trata más bien de desvirtuar el derecho de acceso reconocido en el artículo 105 b) o, al menos, de limitarlo aún más. Se trata de una norma que contempla el problema desde la perspectiva administrativa. Para la Administración lo fundamental es el funcionamiento de la propia organización administrativa y el cumplimiento de sus fines, no la satisfacción de los intereses de los administrados y, menos, el ejercicio de un derecho que podría calificarse desde esta perspectiva como sumamente dudoso en su apoyatura constitucional” (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2008, 23).

En España hay otras normas, además de la Ley 30/1992, que inciden en el derecho de acceso y la transparencia de forma parcial o sectorial, tanto a nivel territorial como por temática. Comenzando por las tres leyes aprobadas en la VIII Legislatura que inciden de en el derecho de acceso a la información pública (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2008, 26): la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público –que se desarrollaría por el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, que se sometió a consulta pública y que además las aportaciones de la ciudadanía pueden ser consultas por Internet- y la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que modifica la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). En estas normas y al plantearse la relación telemática entre ciudadanos-Administración se está presuponiendo el acceso de los ciudadanos a la información pública.

Ya hemos manifestado que “la mastodóntica (202 páginas del BOE) Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible utiliza la palabra transparencia en cuarenta y cuatro ocasiones, referidas a diversos sectores económicos (postal, mercados energéticos, consumidores...) pero en ningún caso afronta la transparencia administrativa y menos como consecuencia del derecho de acceso a la información pública” (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2013, 298).

“Existe otra vía para promover la transparencia y que tiene su justificación en el tipo de materias, como es el caso de la información medio ambiental, la información laboral y de evolución de la

empresa para los representantes de los trabajadores, la propia del consumo o la referida a las empresas con cotización en bolsa, en este caso en virtud de las normas de buen gobierno corporativo. Se trata de disposiciones sectoriales que obedecen a diferentes razones pero, en todo caso, sobre temas que se considera importante que los conozcan el público en general o determinadas personas” (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2008, 15). Ese es el caso de la transparencia sobre medio ambiente que tuvo su primera ley en el año 1995 (Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, vigente hasta el 20 de julio de 2006) que fue sustituida por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Esta norma incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE y sigue las directrices marcadas por el Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en Aarhus el 25 de junio de 1998. Los tres pilares sobre los que se asienta la norma vienen fijados en el largo nombre del Convenio de Aarhus: acceso a la información medioambiental; participación del público en los asuntos medioambientales y protección judicial –llamado acceso a la justicia- en caso de vulneración de los derechos reconocidos en la misma Ley.

Como normas específicas en relación con los sujetos, podemos citar el artículo 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, que se reproduce en el párrafo 2º del artículo 20 del Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994 -salvo que en esta norma se refunden los dos párrafos en sólo uno-. El citado artículo 7 dice: *1. Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas. 2. La solicitud se dirigirá, en todo caso, por conducto de la Presidencia del Congreso y la Administración requerida deberá facilitar la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Congreso, en plazo no superior a treinta días y para su más conveniente traslado al solicitante, las razones fundadas en derecho que lo impidan.*

En lo referido a los archivos y ficheros históricos la norma esencial es la Ley 16/1985, de 25 de julio, de Patrimonio Histórico Español y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1708/2011, de 17 de diciembre, con toda la problemática que plantea el artículo 57 de la Ley. Y desde la

vertiente activa de la transparencia el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano. En el lado del secreto la aún vigente Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/78, de 8 de octubre de Secretos Oficiales. También, pese a las reiteradas menciones a la transparencia, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público establece en el artículo 53.12 como principio ético “Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público” y como falta muy grave por negligencia en la custodia de secretos oficiales (artículo 95.2.f).

Como normas autonómicas, “recitar” la ya vieja –por su concepción e implantación- Ley 4/2006, del 30 de junio, de transparencia y las buenas prácticas en la Administración Pública gallega y la novedosa Ley Foral 11/2012 de la Transparencia y el Gobierno Abierto de Navarra que podría ser un ejemplo a seguir, pero que carece del reconocimiento del derecho fundamental a acceder a la información pública, lo cual es lógico, pues como derecho fundamental debe desarrollarse mediante Ley Orgánica.

En el ámbito local, el artículo 69.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone que las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad, precepto que se complementa con el apartado 3 del art. 70 que señala que *“todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones Locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del art. 105, letra b) de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada”*. La misma redacción se encuentra en el artículo 207 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Existen pues normas que se refieren al acceso de las personas a la información en manos de los poderes públicos. En algunos casos ese acceso se permite por la condición de interesado, investigador, parlamentario, concejal..., en todo caso en ninguna de esas normas se reconoce un auténtico derecho fundamental de todas las personas a acceder a la información en manos de los

poderes públicos, por lo que se trata de regulaciones dispersas, desconexas y claramente insuficientes para una democracia avanzada.

La demanda de la sociedad civil, acciones políticas y profesionales

Desde diversas instancias de la sociedad civil se viene demandando una norma que reconozca el derecho fundamental a acceder a la información pública como realidad que ya se encuentra en otros países del mundo occidental. Después de que Malta aprobara su ley de acceso a la información pública sólo Chipre y Luxemburgo acompañan a España en la lista de países de la Unión Europea que carecen de una Ley de Acceso a la Información Pública.

En España el movimiento 15 M demanda una Ley de Acceso a la Información y Transparencia por medio de un vídeo en el que se dice que “los datos no son de los funcionarios, ni del Gobierno; los datos son nuestros, de todos”. Este es el argumento que sustenta el derecho de acceso a la información pública para una gran parte de la ciudadanía, puede verse el vídeo <https://www.youtube.com/watch?v=bjYPRCEMYI8>

En el año 2006, Access Info Europe y su directora ejecutiva Helen Darbishire reunieron a varios profesionales y representantes de organizaciones no gubernamentales para fundar la Coalición Pro Acceso, todos ellos preocupados por la falta de transparencia en España. Access Info Europe ha participado en foros de estudio, ha colaborado en la redacción de leyes de acceso a la información en países de Europa y ha desarrollado otras acciones como la página web “Tuderechoasaber.es” creada con la Fundación Ciudadana Civio. Esta web canaliza las peticiones de información de los ciudadanos. La transparencia también se predica con el ejemplo, por lo que existe una excelente documentación de las peticiones realizadas y sus resultados. Quizás el asunto más conocido de Access Info es la petición de información realizada el 1 de marzo de 2007 sobre la actuación de España en la lucha contra la corrupción y, más concretamente sobre la implantación en nuestro país del Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción. Dicha petición hecha a la Presidencia del Gobierno después de las peripecias habituales y lamentables –silencio administrativo, respuesta parcial e incorrecta, remisión al Ministro de Justicia...- motivó una demanda contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional. Tanto la Audiencia Nacional

(Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 22 octubre 2009. Aranzadi JUR 2009\45190. Ponente: Fernando de Mateo Menéndez) como el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 29 mayo 2012 Aranzadi RJ 2012\7107. Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) desestimaron la demanda, en este último caso condenando a costas, 3.000 euros que fueron recaudados en 3 días entre simpatizantes. La pregunta que se hacía al Gobierno era “*en cumplimiento del Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción (art. 6), ¿qué órgano es el encargado de prevenir la corrupción cometida por personas y entidades españolas, privadas y públicas? ¿Qué recursos (material y personal) se le han proporcionado?*” Access Info ya ha planteado demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional y confía que si no obtiene un pronunciamiento positivo, seguramente lo obtendrá por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Coalición Pro Acceso trata de impulsar una Ley de Acceso a la Información Pública. Dicha coalición que agrupa a más de 60 organizaciones de la sociedad civil sería el equivalente en cuanto a función al grupo mexicano de Oaxaca (ESCOBEDO, 2003, 63-94) que tuvo en México un trascendental protagonismo en la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Desde la Coalición se ha desarrollado una importante actividad en el análisis de la situación, el contacto con políticos y funcionarios, la participación en foros, congresos, jornadas y medios de comunicación, así como el estudio de la normativa española y extranjera. Como miembro fundador de la Coalición he participado activamente en las acciones de *loobing* con políticos, periodistas, empresarios, juristas, especialistas en nuevas tecnologías, académicos... Todo ello ha llevado a la propuesta de un decálogo de principios para una buena Ley de Acceso a la Información Pública, que de forma esquemática se formulan así:

1. El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental de toda persona
2. El derecho se aplica a todas las entidades públicas, a todos los poderes del Estado y a todas aquellas entidades privadas que realicen funciones públicas
3. El derecho de acceso a la información se aplica a toda la información elaborada, recibida o en posesión de las entidades públicas, sin importar cómo esté almacenada
4. Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito
5. Los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes
6. Principio de publicidad de la información: el secreto y la denegación de la información son la excepción

7. Las denegaciones de acceso a la información deben ser limitadas y estar debidamente motivadas
8. Toda persona tiene el derecho a recurrir las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes realizadas
9. Las entidades públicas, a iniciativa propia, deben poner a disposición del público información básica y esencial sin que sea necesario realizar una solicitud
10. El derecho de acceso a la información debe ser garantizado por un órgano independiente

Decálogo que ha sufrido modificaciones y precisiones –inicialmente eran nueve principios. Se trata de principios que pese a no ser muy concretos tampoco son vagos e imprecisos. Por ejemplo, no dice cómo debe ser el órgano que garantice el derecho de acceso. Podría ser un órgano colegiado o unipersonal, con competencias sobre protección de datos o sin ellas... sólo se pide que sea un órgano independiente.

También los partidos políticos han incorporado a sus programas electorales como objetivos a cumplir, la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Ya se ha realizado una exposición de los programas electorales de los partidos más importantes (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2013, 292-294) en donde se aboga por la transparencia de las administraciones públicas, aunque desgraciadamente en los grandes partidos (PP y PSOE) se defiende sólo una transparencia administrativa y se olvidan del derecho fundamental a acceder a la información pública. Aunque quizás “la *idea de transparencia* en el ejercicio del poder empieza a aparecer como un *idea-clave*, en los textos legales y de orientación política, en el ámbito de los *procesos de reforma y modernización* de las Administraciones Públicas, aunque esta idea, en ocasiones sea mero objeto de *propaganda y manipulación*” (CONDESSO, 2011, 94-95)

El Partido Popular al final de la IX Legislatura presentó el 28 de junio de 2011 una proposición (de origen parlamentario) de ley sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que caducó al finalizar la legislatura (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_326-01.PDF#page=1).

También Unión Progreso y Democracia (UPyD) había presentado el 7 de abril de 2011 una Proposición de Ley Orgánica de principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública que también caducó.

El PSOE cuando ocupaba el Gobierno en la VIII y IX Legislatura no fue capaz de presentar un proyecto de Ley. En la IX Legislatura, la segunda de José Luis Rodríguez Zapatero como Presidente del Gobierno, tuve la oportunidad de asistir a una reunión (10/10/2012) con el Ministro de la Presidencia, Ramón Jáuregui. Según manifestó el anteproyecto que elaboraba el gobierno socialista había encontrado muchas resistencias internas, y que en estos momentos, dada la mala situación económica, no se consideraba oportuno de presentar un proyecto de Ley sobre acceso a la información pública. En ese punto, desde la Coalición Pro Acceso se le hizo la reflexión “que lo urgente no nos puede hacer olvidar lo importante” argumentación que se recoge esencialmente en SÁNCHEZ DE DIEGO, 2011. Ya en la oposición, el PSOE presentó una Proposición de Ley de transparencia y acceso a la información pública que fue rechazada; esto ocurrió al inicio de la X Legislatura, el 13 de diciembre de 2011. La lectura del debate parlamentario es sumamente enriquecedora para determinar cuáles serían las posturas de las diferentes fuerzas políticas con representación en el Congreso de los Diputados.

Incluso en las Comunidades Autónomas se produce un interesante movimiento a favor de la transparencia cuyo antecedente lo encontramos en la citada Ley 4/2006, del 30 de junio, de transparencia y las buenas prácticas en la Administración Pública gallega cuyo funcionamiento no ha sido positivo, en gran parte porque limita el derecho a las personas “con derechos e intereses legítimos” (artículo 4.1). La Ley Foral 11/2012 de la Transparencia y el Gobierno Abierto de Navarra entró en vigor el 29 de diciembre del 2012, seis meses después de su publicación en el Diario Oficial de Navarra, pero también está teniendo problemas de funcionamiento. Recordemos que el Gobierno de Coalición entre Unión del Pueblo y el Partido Socialista finalizó y que fueron las personas próximas al PSOE quienes habían desarrollado esa ley. En las Cortes de la Comunidad Valenciana, se han presentado dos proposiciones de Ley por parte de Esquerra Unida y Coalición Compromís respectivamente. Andalucía ha sometido – hasta el 15 de abril- a consulta pública su texto. El Gobierno de Castilla y León desarrolla desde el 2012 un plan de Gobierno Abierto que trata de poner a través de Internet información de la acción de gobierno y se ha comprometido a mandar en el 2013 a las Cortes de Castilla y León un proyecto de Ley de Transparencia y Gobierno Abierto. En la Comunidad de Extremadura los tres partidos políticos con representación en el Parlamento extremeño se han puesto de acuerdo en aprobar una Ley de Gobierno Abierto.

Quizás podría sorprender que desde dentro de la propia función pública, algunos funcionarios y responsables defiendan la transparencia como una fórmula para mejorar el servicio y en consecuencia llevan a buen término acciones en este sentido. Incluso sus organizaciones participan en la Coalición Pro Acceso como es el caso de la Asociación de Archiveros Españoles de la Función Pública; la Asociación de Archiveros de Castilla y León; Associació d'Arxivers i Gestors de Documents Valencians y la Plataforma para la creación del Colegio Oficial de Archiveros, Bibliotecarios y Documentalistas de Madrid.

Génesis del proyecto de ley

El Partido Popular cuando llegó al Gobierno puso como objetivo prioritario aprobar una Ley de Transparencia. El Gobierno cumplió su promesa de presentar un texto en los 100 primeros días, el *Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Varios eran los motivos de esperanza (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2012) en este viaje hacia la transparencia: se hacía público un texto; se habían consultado a las organizaciones que trabajan sobre estas cuestiones, en particular a la Coalición Pro Acceso; se había sometido el Anteproyecto a consulta pública desde el 23 de marzo hasta el 11 de abril de 2012, permitiendo el envío de observaciones (3669 por correo electrónico y 14 por registro); en *facebook* se había publicado el Anteproyecto artículo por artículo con posibilidad de comentarlo; incluso se había convocado a un grupo de expertos en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, organismo dependiente del Ministerio de la Presidencia.

Parecía que todo marchaba bien encarrilado, aunque persistían algunas dudas que se fueron acrecentando. No se había dado a conocer la documentación prevista en el artículo 23.3 de la Ley del Gobierno: la memoria, los estudios sobre la necesidad y oportunidad, un informe sobre el impacto por razón de género o la memoria económica con la estimación del coste de la puesta en marcha de la nueva ley de transparencia. Tampoco se dio publicidad a los casi 3.683 comentarios de la Ley. Ni siquiera se ofreció esta información a los expertos. Creció la desconfianza cuando antes que los expertos terminaran su trabajo, se envió un nuevo texto a la Agencia Española de Protección de Datos para que informara. Además, las modificaciones introducidas en este nuevo texto eran mínimas y como se manifestó desde el Gobierno solo se incorporaron aquellas que

“respondían a la filosofía y, sobre todo, a la posibilidad de cumplimiento en esta Ley, por cuanto en esta Ley lo que vamos a procurar es que lo que se incluya, se cumpla” (SÁENZ DE SANTAMARÍA, 2012).

Cuando se solicitó que se hicieran públicas las casi 3.683 aportaciones de la consulta pública, desde el Gobierno se dijo que no era posible, porque eran “correspondencia”, ya que en ellas figuraba el nombre y email de los que participaron y no se había pedido su consentimiento para divulgarlo. Argumento discutible, al menos por varias razones. La primera porque se trata de una consulta pública –cualquiera que participase sabía donde se metía-, no una correspondencia privada. Participar en una consulta pública es como asistir a una manifestación, lo que implícitamente supone la publicidad de la actuación. Como segunda razón, ya se habían divulgado sin ningún problema los comentarios y aportaciones de una consulta pública celebrada en el año 2010 sobre el Reglamento de Reutilización de la Información Pública. En tercer lugar, las aportaciones pueden divulgarse quitando el nombre y datos personales de quien las hizo. En último caso, tampoco es muy complicado preguntar a los que participaron en la consulta pública si consiente que se divulgase su nombre junto a la propuesta, seguro que la contestación sería mayoritariamente afirmativa, así sería en mi caso.

No sólo se impidió el acceso a las aportaciones, también al informe que Presidencia de Gobierno realizó sobre las mismas. También se mantuvo oculto el informe de la Agencia de Protección de Datos sobre el Anteproyecto. Todo ello desvelado gracias al trabajo periodístico de investigación de Mar Cabra (2012). Sí que pudimos acceder a un dictamen del Consejo de Estado que podemos calificar como crítico con el texto remitido por el Gobierno.

La Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados ha escuchado a expertos en Transparencia. El pasado 12 de febrero de 2012 comparecí para dar mi opinión sobre el proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. Parte de lo que allí se dijo se recoge en este documento (Comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados para informar en relación con el proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (121/19) (Núm.Exp. 219/000188D) 12 de febrero de 2013.

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/GenericPopUp?next_page=/wc/verEmisionAudiovisual&idOrgano=301&idSesion=10&fecha=12/02/2013&secuencia=534721&legislatura

10 Comparecencia: minuto 45:30 a 1:02:02 – Preguntas: minuto 1:02 a 1:51 – Respuestas: minuto 1:45 a 1:51:41

El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno

El Boletín Oficial de las Cortes Generales, en su Sección del Congreso, publicó el 7 de septiembre de 2012 el Proyecto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. El Proyecto se estructura en una exposición de motivos, un título preliminar y dos títulos, cinco disposiciones adicionales y nueve disposiciones finales. No se trata de un texto excesivamente largo, pues son solo 29 artículos. De ellos 20 corresponden al Título dedicado a la Transparencia de la Actividad Pública y 8 al Título del Buen Gobierno. A ellos hay que añadir el artículo 1 del Título Preliminar: *“esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.”* Precepto claramente introductorio y en el que ya se aprecia la subordinación del derecho de acceso a la transparencia y que las obligaciones de buen gobierno se introducen en el proyecto como un añadido que tiene una vinculación escasa con la transparencia

Los artículos 2 y 3 se refieren a los sujetos obligados a cumplir con la transparencia. Se trata de uno de los puntos más debatidos y en donde se esperan cambios importantes sobre el texto original, comenzando por la inclusión de la Corona, los partidos, los sindicatos y otras instituciones en la futura Ley de Transparencia (Europa Press 15 mayo 2013 (<http://es.noticias.yahoo.com/gobierno-traslada-ma%C3%B1ana-congreso-propuesta-incluir-rey-partidos-163809903.html>)).

En el capítulo II de este primer título encontramos cinco artículos –del cuatro al ocho- dedicados a la publicidad activa, con la obligación de los organismos y entidades públicas de publicar información institucional, organizativa y de planificación; información de relevancia jurídica, así como información económica, presupuestaria y estadística.

Las páginas webs, portales y blogs de las diferentes administraciones son ya una realidad, con diferentes éxitos, pues hay ejemplos de portales de entidades públicas que aparecen y desaparecen con gran facilidad. Dos páginas web sobresalen en España 060.es y red.es. La web

060.es constituye el punto de acceso a la Administración española para ciudadanos y empresas, así como la Red de Oficinas Integradas de Atención al Ciudadano. Por su parte, red.es se encarga de consolidar el desarrollo de la Sociedad de la Información en España del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Se trata de apuntar a la responsabilidad del Estado hacia la transparencia y el desarrollo de los recursos electrónicos puestos a disposición de las personas.

El proyecto de Ley va más allá en su artículo 8 y propugna un portal de transparencia dependiente del Ministerio de la Presidencia que sirva de unión y de referencia del resto de los portales y páginas webs. Como es comprensible las enmiendas de los grupos nacionalistas van dirigidas a radicar este portal en un Consejo de la Transparencia (enmienda 275 del grupo parlamentario Vasco) y a dejar bien claro que dicho portal sólo se referirá al ámbito de actuación del estado, esto es, preservando el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas (enmienda 401 del grupo parlamentario Catalán).

La publicidad activa, este es el nombre que se emplea en el proyecto, supone una puesta a disposición del público de toda la información relevante, con una especial incidencia en los temas económicos como son los contratos, subvenciones, convenios, presupuestos y estado de ejecución de los mismos, retribuciones, declaraciones anuales de bienes y actividades de los altos cargos....

El capítulo III se dedica al derecho de acceso a la información pública. Este capítulo debería haber sido el que iniciase el proyecto de ley. La ubicación y la redacción del artículo 1 *-Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad...-* indican la subordinación del derecho de acceso a la transparencia. Ello se confirma cuando en el artículo 9 se establece que “todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española y en esta Ley”, olvidando la recomendación del Consejo de Estado de España que “...además de estar reconocido en el mencionado artículo constitucional, enlaza con las declaraciones y mandatos contenidos en otros preceptos de la norma fundamental (así, con los artículos 1.1, 9.2, 20 y 10.2, preceptos que habrían de mencionarse expresamente en la exposición de motivos)” (ESPAÑA- CONSEJO DE ESTADO, 2013).

Aquí radica a nuestro juicio el mayor problema del proyecto de ley español cuyo enfoque es puramente administrativo. Se trata de la transparencia administrativa que “hay que situarla en el

contexto de una nueva cultura de las relaciones entre el ciudadano y la Administración, y pretende influir en el modo de organización y dirección de la Administración y en un nuevo estilo de administración que reforzará la confianza del ciudadano en el sistema democrático” (GARCIA MACHO, 2010,7). La naturaleza de este derecho de acceso se queda en un mero derecho ciudadano –incluso sería posible su limitación a personas con la nacionalidad española- se trata de un espejo de la transparencia con la que se dota a las administraciones públicas. Entiendo que esto es peligroso porque el nivel de transparencia puede ser fijado desde el poder y del mismo se determinarían el grado y alcance del derecho de acceso a la información pública. Existe una consideración de tipo temporal. Hasta el año 2009 era difícil defender la naturaleza jurídica de este derecho como derecho fundamental, por lo que la construcción doctrinal era mucho más elaborada. Parte todo ello de la sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de octubre de 1979. Una parte de la doctrina ha defendido que se trata de un derecho subjetivo que carece de “vinculación ontológica con los derechos fundamentales” (RAMS RAMOS, 2008, 159). Toda esa discusión doctrinal (RAMS RAMOS, 2008, 158-192). tiene como objeto de estudio el artículo 105 B) de la Constitución Española. Es a partir del año 2009 cuando con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se vincula efectivamente el derecho de acceso a la información pública con la libertad de información del artículo 10 del Convenio Europeo.

Desde la Coalición Pro Acceso se propone que el derecho de acceso a la información pública se configure como un derecho fundamental, vinculado al derecho de la información, tal y como propugna el representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación: «El derecho de acceso a la información que esté en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a Información) [...]» (OSCE, 2912). Si se desarrolla este derecho humano a acceder a la información pública detrás del mismo viene la transparencia. De esta forma, la transparencia no es el resultado de configurar unas nuevas Administraciones Públicas, sino el efecto del derecho fundamental a acceder a información en manos de los poderes públicos. Este cambio de paradigma es esencial para una democracia avanzada. No se trata de una transparencia administrativa otorgada por un pseudo despotismo ilustrado que genera un derecho de ciudadanía. Se trata de un derecho fundamental de las personas que precisa de transparencia de los entes públicos, además de otras cualidades de las organizaciones:

formación del personal, sistemas correctamente configurados, archivos organizados, por citar los más evidentes.

En esta tesitura cualquier conflicto entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos se soluciona mediante la ponderación de las circunstancias del caso, sin que pueda existir una preponderancia de un derecho sobre otro. Si el derecho de acceso a la información pública es un mero derecho administrativo, cualquier situación conflictiva que intervenga un derecho fundamental, como es el derecho a la protección de datos personales, se resolverá en contra del derecho de acceso y de la transparencia.

Al referirnos a los límites que figuran en el Proyecto de ley, llama la atención que son muchos más que los que se citan en el artículo 105 b) de la Constitución Española –(seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos y la intimidad de las personas). Si como se sostiene en el artículo 9 del proyecto es ese el artículo de la Constitución sobre el que se ancla constitucionalmente la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, los límites deberían ser solo los tres citados. Lo cierto es que en el texto encontramos un elenco de límites en el artículo 11, más la protección de datos personales que figura en el 12 y las causas de inadmisión del artículo 15. Es cierto que dichos límites pueden funcionar de forma parcial permitiendo el acceso parcial, esto es proporcionando la información una vez que haya sido eliminada aquellas partes que afecten por ejemplo a la intimidad o al secreto oficial. Algunos de estos límites no figuran en el Convenio Europeo 205 del Consejo de Europa de Trömsö sobre acceso a la información pública y otros deberían superar la prueba de proporcionalidad que exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Algún límite parece fuera de lugar como es el caso del secreto profesional. Las preguntas que podemos hacernos: ¿Por qué la Administración pública tiene en su poder secretos profesionales de los particulares? ¿O es que vamos a crear un secreto profesional dentro de la Administración pública?

Sobre la problemática entre acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales y sus posibles soluciones tenemos la referencia de la obra dirigida por Antonio TRONCOSO REIGADA (2008), más concreta y referida al derecho al olvido la obra de Pere SIMÓN CASTELLANOS (2012).

Al hablar de los límites hay que tener en cuenta el artículo 15 cuando se refiere a las causas de inadmisión de la solicitud. Causas que se convierten en auténticos límites, alguno de ellos puede

ser empleado de forma obstructiva como es la “información que esté en curso de elaboración o de publicación general”. Bastaría argumentar reiteradamente esta justificación para dejar sin efecto el derecho de acceso.

En cuanto al procedimiento llaman la atención dos cuestiones: la primera es que en relación a la solicitud de información si no se contesta, se presume que hay una respuesta negativa. Este silencio con efecto negativo es contrario al principio general que en España considera que el silencio administrativo es positivo (artículo 43.2 de la Ley 30/1992). Esto es, ante la inacción de la administración, se entiende que la respuesta es afirmativa. A juicio de quienes defienden el silencio administrativo negativo, si no se hiciera así, la mera inactividad de la administración pública podría generar la violación de derechos fundamentales, como cuando la ausencia de contestación posibilita el acceso a archivos con datos personales o íntimos.

A juicio de Severiano FERNÁNDEZ RAMOS: “este criterio no contradice al Convenio 2008, pues prevé que el acceso puede denegarse de forma expresa «o implícitamente» —art. 8.1—. No obstante, no puede dejar de señalarse que la Proposición de Ley del Partido Popular de 28 de junio de 2011 —art. 21.3— contempló un silencio con efectos estimatorios” (FERNÁNDEZ RAMOS, 2012, 15-16)

Podríamos preguntarnos si existen «razones imperiosas de interés general» que hagan optar al legislador por el silencio negativo, tal y como exige el citado artículo 43.2 de la Ley 30/92 para excluir las peticiones de información del régimen general del silencio positivo, recordando además que en la Ley Foral de Navarra se opta por el silencio positivo, pues se entiende que es la mejor forma que la administración se vea obligada a dar resolución expresa.

Además en el propio proyecto se elimina la posibilidad del doble silencio administrativo que en la legislación ordinaria se convierte en silencio positivo. Recordemos que en reiterado artículo 43 de la Ley 30/92 en su párrafo 1º *in fine* establece: “*No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo*”

Ya hemos manifestado que “si se estableciese un órgano verdaderamente independiente, resultaría menos problemático el silencio negativo que se establece en el artículo 17.4 que ha sido muy criticado por distintas organizaciones sociales y por parte de la doctrina” (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2013).

Precisamente esta es la segunda gran cuestión, la referida a un órgano independiente de control, que medie y promueva el derecho de acceso. Toda la doctrina ha sido unánime en el sentido que la llamada “Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios” dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas no reúne los requisitos de independencia necesarios para realizar su función. Esto se ha traducido en una enmienda –la 533- del propio Partido Popular que transforman radicalmente este organismo dando lugar a un “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno” que supone la creación de un nuevo título (III). Este organismo que “actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines” sigue adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por lo que difícilmente podremos catalogarlo como autoridad independiente. Articulado en torno al Presidente del Consejo y a la Comisión, se puede señalar a su favor el nombramiento del Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno por cinco años a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y refrendo por mayoría absoluta de la Comisión correspondiente del Congreso. La Comisión, según la enmienda, estará integrada por el Presidente y siete vocales, representantes de organismos públicos: un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Nos cabe la duda sobre si un organismo falto de representación ciudadana podrá cumplir de forma independiente con sus funciones.

La tercera parte del proyecto de ley se refiere a las normas de Buen Gobierno. Las primeras observaciones que se realizaron en el Grupo de Expertos reunido en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales se resumen en considerar que se trataba de un añadido inédito en las normas de transparencia de otros países. Además se reflexionó sobre el hecho de que no existía relación con la transparencia, por ejemplo, cuando no existe ninguna sanción por incumplir el deber de transparencia. Incluso se dan contradicciones entre las normas de buen gobierno y las de transparencia: ¿Es admisible que se sancione dentro de las normas de Buen Gobierno como falta muy grave “*la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función*”. Desde luego hablar de transparencia y líneas más abajo sancionar a quien publica o utiliza “indebidamente” documentación o información es por lo menos un ejercicio de confusión.

En su momento manifesté en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados: “Ya se ha dicho aquí que la parte del título II, referido a buen gobierno, es una anomalía en el derecho comparado. Ninguna ley de transparencia integra esta parte, y entiendo que es un elemento perturbador en la propia norma. De hecho las relaciones entre el título I, transparencia, y el título II, buen gobierno, son mínimas, cuando no contrarias, puesto que se sigue sancionando la difusión de información en algunos casos. Quizá si se introdujese alguna norma de ética pública que permitiese al servidor público denunciar públicamente una actividad falta de transparencia u opaca, y por ello ser no solamente no castigado, sino premiado, podríamos hablar de que existiera algún tipo de relación...” (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2013-I, 26), pero por el momento esto no es así. Por todo ello, las normas de Buen Gobierno deberían regularse en una ley propia.

Razones a favor del derecho de acceso a la información pública y a la transparencia. Algunas ideas importantes al respecto

Se pueden dar muchas razones para defender el derecho de acceso a la información pública y, por tanto, la transparencia de las organizaciones públicas, entre ellas:

- controlar a los poderes públicos de forma eficaz,
- conocer la realidad política, económica y social directamente de la información que manejan los poderes públicos,
- modernización de la Administración Pública,
- conseguir mayor eficiencia y un mayor ahorro,
- luchar contra la corrupción,
- lograr una gestión pública que sea conocida por los ciudadanos,
- establecer una relación de confianza entre gobierno y gobernados –y, en consecuencia, aumentar la legitimidad de los primeros- o
- permitir la reutilización de la información pública –y, por tanto, revitalizar la economía

Pero todas estas son razones secundarias, porque la razón última la encontramos en que este derecho y la transparencia deben satisfacer la necesidad de la información de las personas. Necesidades particulares y necesidades públicas. Este derecho es esencial para el desenvolvimiento de la personalidad, satisfaciendo las necesidades privadas de información pública de cada persona. Por ejemplo, conocer el grado de éxito en los tratamientos de cáncer del hospital en donde se está atendiendo a mí madre. En su dimensión pública, el acceso a la información permite a los ciudadanos controlar a los poderes públicos, a los funcionarios y servidores públicos.

En este punto es importante aclarar que más que la transparencia de las Administraciones Públicas o de los Poderes Públicos lo que se demanda es el derecho de toda persona a acceder a la información en manos de los Poderes Públicos. Se trata de una cuestión crucial. Los ciudadanos, las personas, los nativos digitales... en una democracia del siglo XXI necesitan conocer la información pública que los poderes públicos tienen en sus manos. Ello es así por muchas razones, pero la primordial es que se trata de un derecho fundamental de las personas. Todos tienen derecho a conocer, a saber, porque si no fuera así, la democracia funcionaría por votantes ciegos y sordos. Para que una democracia sea plena debe existir una “opinión pública libre”, expresión ésta que viene a significar el pluralismo informativo, libertad de expresión... un ambiente de libertad, igualdad.

La Vicepresidenta del Gobierno (SANTAMARIA, 2012) dijo en la comparecencia posterior al consejo de Ministros que aprobó el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno que el objetivo fundamental -y esta ley se presentó con otras dos leyes, una de las cuales ha sido aprobada, la Ley orgánica de modificación del Código Penal de cuyo título incluía inicialmente la palabra transparencia, pero después de la tramitación parlamentaria esa palabra desapareció- era **la recuperación de la confianza y de la credibilidad**. Según el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas una de las causas de mayor preocupación de los españoles después del paro se encuentra en los políticos y en la corrupción. Quizás por medio de una buena ley de transparencia y acceso a la información se pueda recuperar esa confianza perdida.

Sin embargo, este proyecto de ley ha sido criticado en España por Access Info, una de las organizaciones no gubernamentales especializadas en acceso a la información pública (ACCESS INFO, 2012), por la Coalición Pro Acceso (COALICIÓN PRO ACCESO, 2012), por lo que dice

el Consejo de Estado en su informe (ESPAÑA-CONSEJO DE ESTADO, 2012), por las 90.010 firmas que se han presentado para que se modifique el proyecto (AVAAZ, 2012), y por lo que dice la Organización para la Seguridad y la Cooperación de Europa y la Oficina del Representante para la Libertad de Medios de Comunicación (OSCE, 2012), que señala que España debería reconocer el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental, que el alcance es ya insuficiente, que no incluye a todas las instituciones que debería, que excluye mucha información, que el organismo de revisión debería ser independiente o que deberían preverse sanciones para el incumplimiento de la transparencia, no por el difusión de información.

En definitiva, si se aprueba este proyecto de ley entendemos que la ley nacería vieja; vieja para los requerimientos de nuestros compromisos internacionales: el Convenio Europeo 205 del Consejo de Europa de Trömsö, el Open Government Partnership, el proyecto de gobierno abierto liderado por Estados Unidos y Brasil, que ya he citado, y donde hemos asumido una serie de compromisos, o la reciente Carta Iberoamericana de la transparencia y el acceso a la información pública. Pero sería también una ley vieja porque produciría una profunda desilusión, en el mejor de los casos, no solamente para los expertos en esta materia, sino también para la ciudadanía en general. Al respecto me remito a artículos que pueden ser consultados en la prensa nacional o en revistas especializadas, como la revista general del notariado, o como el artículo publicado por la abogada del Estado Elisa de la Nuez, titulado El proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; *¿una ley gatopardesca?* (NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, 2012).

Muchas tendrían que ser las modificaciones a introducir en el Proyecto comenzando porque se debería cambiar la estructura del texto. En el Proyecto se comienza con la transparencia, a partir de la que se concede un derecho de acceso parcial, un derecho de acceso de carácter administrativo. Esto es como si construimos un tren y la máquina la ponemos detrás del primer vagón. Realmente el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental es la locomotora detrás de la cual viene la transparencia, y no al revés. Ya se ha dicho aquí que la parte del título II, referido a Buen Gobierno, es una anomalía en el derecho comparado. Ninguna ley de transparencia integra esta parte, y entiendo que es un elemento perturbador en la propia norma. De hecho las relaciones entre el título I, Transparencia, y el título II, Buen Gobierno, son mínimas, cuando no contrarias, puesto que se sigue sancionando la difusión de información en

algunos casos. Quizá si se introdujese alguna norma de ética pública que permitiese al servidor público denunciar públicamente una actividad falta de transparencia u opaca y, por ello no solamente evitar ser castigado, sino premiado; podríamos hablar de que existe algún tipo de relación entre la Transparencia y el Buen Gobierno.

El acceso a la información pública como un derecho fundamental

Para una gran mayoría de la doctrina jurídica española especializada en temas de transparencia no solo es posible, sino que es deseable que se reconozca el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental.

Varias son las razones para defender tal opción, en primer lugar, porque el artículo 105 b), al que se refiere reiteradamente el Gobierno, no es un anclaje suficiente para este proyecto de ley. En principio por los sujetos, puesto que ese artículo 105 se encuentra dentro del Título IV, referido al Gobierno y a la Administración Pública, y los sujetos que figuran en el artículo 2 del Proyecto exceden al Gobierno y a la Administración Pública. En segundo lugar, por el objeto, puesto que el artículo 105 b) se refiere a archivos y registros y el Proyecto va más allá, se refiera a la información, concepto más amplio. En tercer lugar, por las garantías que ofrece. Si hablamos de un derecho que está anclado en el artículo 105 b) nos encontraríamos con que es un derecho que está fuera de la protección del artículo 53 de nuestra Constitución. Por lo tanto no gozaría de la protección de un desarrollo mediante ley orgánica, ni un procedimiento preferente y sumario ante los órganos judiciales ordinarios, ni tampoco del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En cuarto lugar, porque el derecho configurado como mero derecho administrativo sería un derecho disminuido frente a otros derechos fundamentales, por lo que ante cualquier controversia, no existiría ni siquiera ponderación con otro derecho fundamental. Por último, porque consideramos que por política legislativa debería establecerse una norma que aúne y dé sentido a todas las normas sobre transparencia y acceso a la información pública que existen en nuestro país. Eso se puede lograr mediante una ley orgánica que desarrolle un derecho fundamental.

La mayoría de la doctrina -por no decir toda la doctrina- entiende que los derechos fundamentales no están enumerados en un catálogo cerrado, sino que se pueden crear nuevos

derechos fundamentales, como ya ha ocurrido en nuestra Constitución. Al respecto puede verse SANCHEZ DE DIEGO (2010, 231-266). Por ejemplo, el derecho a la protección de datos personales tuvo un desarrollo en la famosa LORTAD, Ley orgánica reguladora del tratamiento automatizado de datos personales, en el año 1992. Es cierto que posteriormente el Tribunal Constitucional configuró este derecho como un derecho fundamental, pero piensen ustedes que el anclaje constitucional de este derecho es muy limitado. El artículo 18 en su párrafo 4º se refiere a que *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”* a partir de este párrafo se desarrolla todo un derecho a la protección de datos. En la Constitución española no existe un precepto como el artículo 35 de la Constitución portuguesa en donde claramente aparece un derecho fundamental a la protección de datos. En estos momentos la Ley Orgánica 15/1999 de protección de Datos Personales regula no solo los ficheros automatizados informáticamente, también los ficheros manuales.

Además el propio Tribunal Constitucional ha desarrollado otros derechos fundamentales como el derecho a la creación de medios de comunicación, en concreto en la sentencia 12/1982. Consideramos que debe buscarse un anclaje constitucional dentro de los derechos fundamentales de la Constitución. Tal y como se está haciendo en los países de nuestro entorno y en las organizaciones internacionales este anclaje lo encontramos dentro de la libertad de información del artículo 20 de nuestra Constitución. Para ello hay que recurrir a la vía que nos abre el artículo 10 párrafo dos de la Constitución española, la interpretación de los derechos fundamentales por medio de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos sobre derechos humanos ratificados por España. Entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) que en su artículo 19 se refiere a la libertad de opinión y expresión. Pues bien, el propio Comité de Derechos Humanos en el año 2011 estableció claramente que ese artículo 19 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos cuando se refiere a la facultad de buscar la información.

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde el año 2009 viene a interpretar el artículo 10 del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en el sentido que el derecho de acceso a la información pública se encuentra amparado por el derecho a la información del citado artículo 10. Así lo ha reconocido en los tres siguientes asuntos.

En el caso *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 14 abril 2009 (App no 37374/05) la Unión de Libertades Civiles Húngara, una organización no gubernamental que promueve los derechos fundamentales y el fortalecimiento de la sociedad civil y el Estado de Derecho en Hungría, solicitó información sobre un recurso planeado ante el Tribunal Constitucional Húngaro. Dicho acceso le fue denegado. El propio TEDH reconoce en parágrafo 35 de su sentencia una evolución de su jurisprudencia pues “ha avanzado hacia una interpretación más amplia del concepto de «libertad de recibir información» (ver *Sdružení Jihočeské Matky c. La République Tchèque* (diciembre), no. 19101/03, 10 de julio de 2006) y por lo tanto hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a la información” (TEDH, 2009-I).

La sentencia *Kenedi v. Hungary*, 26 mayo 2009 (Appl. no. 31475/05) tiene su origen en la negativa a acceder a documentos oficiales incluso después de haber obtenido una sentencia favorable de los tribunales húngaros. El señor Kenedi precisaba esos documentos para realizar un trabajo objetivo sobre el funcionamiento del Servicio de Seguridad del Estado húngaro en la década de 1960. En el parágrafo § 43 el TEDH resalta que “el acceso a las fuentes documentales originales para la investigación histórica legítima era un elemento esencial del ejercicio del derecho de la demandante a la libertad de expresión (véase, *mutatis mutandis Társaság a Szabadságjogokért* contra Hungría, no. 37374/05, § 35 a 39, 14 de abril de 2009)” (TEDH, 2009-II)

El tercer caso, *Youth Initiative for Human Rights contra la República de Serbia'* lleva fecha 25 de junio de 2013, se refiere a la negativa de la Agencia Serbia de Inteligencia a facilitar a la ONG cierta información concerniente a la vigilancia electrónica, a pesar que el Comisionado Serbio de Información en 2005 dictó una resolución final y vinculante a favor de la divulgación (TEDH, 2013)

Esto también ocurre en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concreto en la sentencia del caso *Claude Reyes contra Chile*, del 19 de septiembre de 2006 que reconoce que dentro del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), la libertad de expresión ampara el derecho de acceso a la información pública.

Lo esencial es que las libertades informativas buscan una opinión pública libre, y una opinión pública libre es esencial en un sistema democrático. Hoy en día para que exista una opinión pública libre es necesario que los ciudadanos puedan acceder directamente y sin cortapisas a la información que se encuentra en manos de los poderes públicos.

Conclusiones

La primera conclusión coincide con lo manifestado ante el Congreso de los Diputados (SÁNCHEZ DE DIEGO, 2013-I): “si no hay una profunda modificación del texto que se encuentra en estos momentos en el Congreso de los Diputados, yo creo que no tendremos una buena ley. Primero porque no se van a cumplir los objetivos que se enmarcan en el propio proyecto o incluso los objetivos que enmarcó la vicepresidenta del Gobierno en su comparecencia, en la rueda de prensa posterior a la aprobación del proyecto de ley (SANTAMARÍA). No se va a conseguir una sociedad crítica, exigente y participativa. No creo que vayamos a favorecer el crecimiento económico y el desarrollo social, algo lo favoreceremos, pero nos quedaremos a medio gas. No se va a producir una regeneración democrática, y por supuesto no vamos a cumplir y, en su momento vamos a tener que modificar este proyecto si se convierte en ley, pues nuestros compromisos internacionales en materia de transparencia y acceso a la información pública nos obligarán a ello, comenzando por la necesaria adecuación de nuestra normativa a la reciente jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH de Estrasburgo)”.

Ajustar el proyecto de ley a los 10 principios de la Coalición Pro Acceso es posible y deseable. Ello garantizaría una homologación de la normativa española a los estándares internacionales y recuperaría la confianza de los expertos en transparencia hacia la acción de los políticos españoles.

El proyecto español de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno significa un avance insuficiente que puede generar más desilusión que adhesión de la ciudadanía. Al menos así se desprende de las manifestaciones de los expertos que incluso ya la han calificado como una ley *gatopardesca*: “la necesidad de cambiar todo para que nada cambie” (NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, 2012).

La acumulación de normas que indican en el derecho de acceso a la información pública y en la transparencia no garantiza un sistema mejor. Por el contrario la confusión normativa, los conflictos jurídicos, las excepcionalidades y, en definitiva, la parcelación temática y territorial -no debemos olvidar la carrera de las Comunidades Autónomas para regular sobre la transparencia- generarán una situación de incertidumbre que para nada favorece el ejercicio del

derecho de acceso a la información pública. Es por tanto necesario una simplificación normativa y que quede claro que la Ley de Transparencia actúa como “cimiento” de toda la construcción jurídica sobre transparencia. En definitiva, pocas leyes y que se cumplan.

Es esencial que la Ley de Transparencia desarrolle un auténtico derecho fundamental a acceder a la información pública. No se trata de un ejercicio de “ingeniería legislativa”, de “jurisprudencia creativa” o de “inventiva constitucional”. En nuestro país ya lo hemos realizado con el derecho a la protección de datos personales. Ahora simplemente se trata de conseguir que España se adapte a la jurisprudencia y doctrina internacional que reconocen que el derecho de acceso a la información pública tiene su origen y legitimación en el derecho a la libertad de información – libertad de expresión en el continente Latinoamericano-

Ese reconocimiento obligaría a reestructurar el proyecto comenzando por situar en primer lugar el derecho de acceso a la información pública y, como resultado del mismo la transparencia de los poderes públicos. Además su alcance obligaría a todos los poderes públicos, a los sujetos que ejercen funciones públicas y a aquellas organizaciones que reciban financiamiento público –lo que incluiría a sindicatos y partidos políticos. También exigiría que su tramitación se realizara como Ley Orgánica y, de esa forma se eliminarían todas las dudas y justificaciones sobre si es materia competencia de la Comunidad Autónoma o del Estado.

Toda norma jurídica supone un proceso de comunicación. Como tal es exigible del mismo una cierta congruencia. En este sentido el proyecto de Ley incluye mensajes contradictorios. Por un lado aboga a favor de la transparencia, pero cuando desarrolla el Buen Gobierno incluye normas sancionadoras que coartan la difusión de información: ¿cómo se explica la infracción disciplinaria muy grave del artículo 26.1.d: *La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función?* La misma expresión “indebida” abre una gran discrecionalidad a la hora de sancionar al funcionario. Por ejemplo, un funcionario que revele datos de una contratación pública anómala o ilegal ¿será sancionado, en lugar de premiado?

Es importante que en el proyecto figure cómo entregar la información. La información debe entregarse en formatos accesibles, en formatos libres, para que los ciudadanos puedan procesarlos.

El derecho de acceso a la información debe ser garantizado por un órgano independiente. Esa independencia no se logra en el Proyecto de Ley. En la enmienda 533 presentada por el Grupo

Parlamentario del Partido Popular se mejora la independencia, pero no se alcanza plenamente, desde el momento que es un órgano que se encuadra dentro del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Creemos que es un error excluir del derecho de acceso “a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”. Precisamente en esos documentos es en donde se encuentra la trazabilidad de las decisiones administrativas y políticas. Además de una buena ley es necesario invertir tiempo y esfuerzo en formar y concienciar a los funcionarios y servidores públicos de la importancia de conseguir un derecho efectivo en el acceso a la información pública y, por tanto, un sistema público transparente. Esa concienciación debería llegar hasta los ciudadanos para que comprendan sus derechos y la eficacia de los mismos. Desde el principio la transparencia es rentable para el Estado y para las personas.

El esfuerzo de la clase política a favor de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública se verá recompensado con la confianza de los ciudadanos, pero para ello debe mejorarse el proyecto de ley. Si la ciudadanía y los expertos en transparencia consideran que han sido de nuevo engañados por una ley *gatopardesca* el efecto puede ser totalmente opuesto.

Bibliografía

Access Info Europe. <http://www.access-info.org/>

ACCESS INFO: ¿ Por qué la futura ley de transparencia española es insuficiente? 2012.
<http://www.access-info.org/es/espana/375-ipor-que-la-futura-ley-de-transparencia-espanola-es-insuficiente>

AVAAZ: *Pónganle coto a la corrupción: ¡Transparencia Ya!* 10 abril 2012
http://www.avaaz.org/es/spain_transparencia_vs_corrupcion/ ; “Les pedimos que presenten un nuevo anteproyecto de ley sobre transparencia y acceso a la información más fuerte y exhaustivo. El presente texto constituye un paso adelante, pero insuficiente. La nueva ley ha de reconocer el principio de publicidad de toda la información en manos de todas las instituciones públicas, solo limitado en los casos excepcionales establecidos por la ley y ponderando siempre el interés público de la información requerida. Es hora de reconocer el derecho de los ciudadanos a la información y ponerle coto a la cultura de secretismo que asola nuestra democracia”.

ÁLVAREZ MARTÍN, Juan Antonio: “La futura ley de transparencia ¿una solución adecuada y creíble?” en *Revista Aranzadi Doctrinal* N° 7/2012 (BIB 2012\3092)

BANISAR , David: “Tendencias y estándares internacionales sobre estímulo y protección de informantes internos: *whistleblowing*” en ERÉNDIRA SANDOVAL, Irma (coordinadora): *Corrupción y Transparencia. Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad.* México, 2009

CABRA, Mar: “Los informes ocultos de la Ley de Transparencia” en *eldiario.es*. 10/09/2012
http://www.eldiario.es/zonacritica/informes-ocultos-Ley-Transparencia_6_45905413.html

Coalición Pro Acceso. <http://www.proacceso.org/>

COALICIÓN PRO ACCESO: *Propuestas de la Coalición Pro Acceso para mejorar la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno*, 19 septiembre 2012.
http://www.proacceso.org/wp-content/uploads/Propuestas_Coalicion_Pro_Acceso.pdf

CONDESSO, Fernando: *Derecho a la informada. Crisis del sistema político. Transparencia de los Poderes Públicos.* Madrid, 2011.

ESCOBEDO, Juan Francisco: “Movilización de la opinión pública en México: el caso del Grupo de Oaxaca y de la Ley de Acceso a la Información Pública” en *Revista de Derecho Comparado de la Información*. N° 2. Julio-diciembre 2003. Páginas 63-94

ESPAÑA- CONSEJO DE ESTADO Informe del Consejo de Estado sobre el proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno <http://www.scribd.com/doc/105482040/Informe-del-Consejo-Estado-sobre-la-Ley-de-Transparencia> o en http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2012-707

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid, 1997. Páginas 367 y 368

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: “Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno” en *Actualidad Administrativa*, n° 12, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Jun. 2012, Fundación Ciudadana Civio” www.civio.es

GARCÍA MACHO, Ricardo: *Derecho administrativo de la información y administración transparente* Madrid, 2010.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián: “Acotaciones escépticas sobre la nueva regulación del procedimiento administrativo” en *Revista de Derecho Administrativo* número 78, 1993. Página 214

MOVIMIENTO 15-M: Vídeo demandando el derecho de acceso a la información pública <https://www.youtube.com/watch?v=bjYPRCEMYI8>

NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa de la: “El proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno ¿Una ley gatopardesca?” en *¿Hay Derecho?* 24 septiembre 2012. <http://hayderecho.com/2012/09/24/el-proyecto-de-ley-de-transparencia-acceso-a-la-informacion-publica-y-buen-gobierno-una-ley-gatopardesca/>

OSCE: *Declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos para la Libertad de Expresión*. 2012 http://cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&1ID=1__

RAMS RAMOS, Leonor: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid, 2008.

SÁENZ DE SANTAMARÍA, Sorolla: Manifestaciones de la Vicepresidenta y Portavoz del Gobierno, Soraya Sáenz de Santamaría, en la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros del 18 de mayo de 2012.

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/2012/cmpr20120518.htm>

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: “Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública” en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO, Lorenzo: “*Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*” Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2013 -II. Páginas 283-323.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: Comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados para informar en relación con el proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (121/19) (Núm.Exp. 219/000188) 12 de febrero de 2013 en Diario de las Cortes Generales. Comisiones. Número 254. Páginas 25 a 28 y 36 -

38[http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-254.PDF#page=17)

254.PDF#page=17. Madrid, 2013 - I

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: “Ley de Transparencia: Hay que mejorar mucho” en el blog *A vueltas con el Estado*. 12/09/2012.

<http://sanchezdediego.blogspot.com.es/2012/09/ley-de-transparencia-hay-que-mejorar.html>

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: *Que lo urgente no nos haga olvidar lo importante. El Movimiento 15M demanda una Ley de Transparencia* en Derecom nº 6. Junio-Agosto, 2011 <http://derecom.com/numeros/pdf/acceso.pdf>

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: *De la libertad de expresión al derecho de acceso a la información pública* en Comunicación y Pluralismo nº 9. Salamanca, 2010.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: “El derecho fundamental a acceder a la información pública” en *El derecho de acceso a la información pública*. Cersa, Madrid, 2008.

SANDOVAL, Irma Eréndira (coordinadora): *Corrupción y Transparencia. Debatiendo las fronteras entre el Estado, Mercado y Sociedad*. México, 2009

TEDH: *Youth Initiative For Human Rights V. Serbia*. 25 de junio de 2013. (Application no. 48135/06) <http://www.access->

info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/CASE_OF_YOUTH_INITIATIVE_FOR_HUMAN_RIGHTS_v._SERBIA.pdf

TEDH: *Kenedi v. Hungary*, 26 mayo 2009 (Appl. no. 31475/05) Base de Datos Aranzadi JUR\2009\218749.

TEDH: *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 14 abril 2009 (App no 37374/05) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=849278&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> o Base de Datos Aranzadi JUR\2009\168003

TRONCOSO REIGADA, Antonio (Director): *Transparencia administrativa y protección de Datos Personales. V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*. Madrid, 2008.

WEBER, Max: “Burocracia” en *Ensayos de sociología contemporánea*.. Barcelona, 1972.