**­­­**

**Comentarios de Access Info Europe al Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, aprobado el 27 de julio en el Consejo de Ministros**

El gobierno español aprobó el 27 de julio de 2012 un proyecto de ley de transparencia que está por debajo de los estándares internacionales. Entre otras cosas, no reconoce el derecho como un derecho fundamental y tampoco reconoce la independencia del organismo de recurso. Con esa ley España no podría ratificar el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos, ya que tiene una definición muy limitada de la información que se puede solicitar y excluye muchas clases de información: resúmenes, informes y comunicaciones “internas”, por ejemplo.

Este texto falla al no reconocer el principio de publicidad de toda la actividad pública, es decir, no establece un régimen general de transparencia aplicable a todas las entidades públicas. El Proyecto de ley establece algunas medidas como la obligación de publicar proactivamente información, que, si bien son positivas y mejorarán la transparencia en España, no son suficientes para asegurar que esté en línea con los estándares internacionales.

Este Proyecto de Ley, además de no establecer las garantías suficientes, es un texto poco claro y confuso, sobre el cual el propio Consejo de Estado ya advertía que “la iniciativa legislativa en anteproyecto merece una sosegada reflexión de conjunto de modo que se alcance un nivel satisfactorio de rigor técnico. De una parte, para prevenir desajustes en su articulación, desarrollo y aplicación, de los que se podrían derivar contradicciones no deseadas.”

Esta falta de claridad genera gran confusión, siendo difícil saber a qué información tenemos derecho. Encontramos en el texto varios artículos que se contradicen entre sí, llegando a menoscabar severamente el derecho de acceso. Por ejemplo, el artículo 2 enumera las instituciones obligadas por esta ley y más adelante varios artículos eximen a algunas de estas instituciones de las obligaciones de transparencia establecidas.

Para que el texto pueda ser considerado como una verdadera ley de transparencia debería empezar por reconocer el principio de publicidad de toda la actividad pública, únicamente sujeto a los límites establecidos por la propia ley, apoyado por un organismo independiente que asegure la correcta aplicación de los mismos. También debe garantizar que un solicitante pueda solicitar toda la información en manos de todas las entidades públicas; que esta información se entregue en un plazo breve y que la denegación de acceso a la información se dé en casos limitados y sólo cuando la información solicitada afecte a algunas de las excepciones establecidas por los estándares internacionales.

A continuación enumeramos los problemas principales que hemos encontrado en este proyecto de Ley y pasamos a exponer nuestras recomendaciones de cambios, de cara al debate parlamentario.

**El no reconocimiento del derecho de acceso a la información como un derecho fundamental:** El derecho de acceso a la información ha sido reconocido como un derecho fundamental, entre otros, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias *Társaság a Szabadságjogokért vs Hungary* [[1]](#footnote-1) y Kenedi vs Hungary*[[2]](#footnote-2)*; por La Corte Interamericana de derechos humanos en la sentencia del *Caso Claude Reyes vs Chile*[[3]](#footnote-3) y por el Comité de Derechos Humanos[[4]](#footnote-4) de las Naciones Unidas.

La definición de información que establece este Proyecto de Ley vincula este derecho al artículo 105b de la Constitución Española, sobre acceso a archivos y registros, lo cual es un error ya que internacionalmente este derecho se considera parte inherente a la libertad de expresión, regulado en el artículo 20 de la Constitución Española. Además, esta conexión es inconsistente, ya que el desarrollo del artículo 105.b se reconoce en las normas que regulan el acceso a archivos y registros, cuya última regulación se aprobó justamente en noviembre de 2011 con el Real Decreto que regulaba el acceso a los archivos y registros de la Administración General del Estado, última en regular dicha materia.

* *Recomendación 1: El parlamento debería tramitar esta ley como una ley orgánica y reconocer el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental parte inherente a la libertad de expresión.*

**Alcance insuficiente:** Los estándares internacionales establecen que el derecho de acceso a la información debe ser aplicable a todas las instituciones públicas, en concreto el Comité de Derechos Humanos de la ONU establece claramente que el derecho de acceso a la información es ejercible sobre toda la información en manos de toda entidad pública[[5]](#footnote-5).

*18. Para dar efecto al derecho de acceso a la información, los Estados partes deberían proceder activamente a la incorporación al dominio público de la información del gobierno que sea de interés público.*

El Comité define “el gobierno” como “Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o de gobierno, cualquiera que sea su nivel (nacional, regional o local)”.

Sin embargo, este Proyecto de Ley sólo incluye la información sujeta a derecho administrativo.

El artículo 2.1 enumera todos las instituciones que se ven afectadas por la ley y deja fuera, en el 2.1.f, toda la información que no esté sujeta a derecho administrativo del Poder Legislativo y del Poder Judicial, así como del Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas.

Entre las instituciones de gran relevancia democrática que quedan completamente excluidas del alcance de la ley encontramos la Casa Real y los partidos políticos (a pesar de que reciben la mayoría de su financiación de dinero público. La rendición de cuentas de los partidos políticos está regulada por la ley de financiación de partidos políticos, que ha demostrado ser ineficaz, ya que no hay auditorías suficientes).

Además, de nada sirve decir que todos los organismos del artículo 2.1 se vean afectados por la Ley si más adelante se estipula que algunas de ellas no van a estar sujetas al cumplimiento de todas las obligaciones que la ley establece, quedando por ejemplo exentas de publicar proactivamente información organizativa a las instituciones que no sean parte del poder ejecutivo e imposibilitando recurrir ante el organismo de recurso las denegaciones de información de las instituciones del art. 2.1.f, como el Congreso de los Diputados, el Consejo de General de Poder Judicial o el Tribunal de Cuentas.

* *Recomendación 2: El parlamento debería extender el alcance de este Proyecto de ley y reconocer la publicidad de toda la actividad pública, sin excluir ninguna institución y sin más límites que los establecidos en las excepciones recogidas en la propia ley.*

**Problemas con la publicación proactiva de información:** Hay cierto tipo de información que debería ser pública en cualquier caso y aunque nadie la solicite. Este Proyecto de Ley entiende esto y prevé en su capítulo segundo la publicación de información relativa a la organización, las normas, el presupuesto, la contratación pública o las subvenciones. Sin embargo detectamos tres problemas:

Por un lado el artículo 2.2 del Proyecto de Ley excluye de la obligación de publicar información institucional, organizativa y de planificación, así como de relevancia jurídica, a todos los organismos que no son parte del poder ejecutivo, como el Congreso de los Diputados, las Asambleas legislativas o el Tribunal de Cuentas. Esto, además de ser arbitrario, es un grave error ya que esa información es fundamental para entender el funcionamiento de las instituciones y para saber entre otras cosas quién es responsable de qué, algo fundamental para una rendición de cuentas completa.

Por otro lado, dentro de la lista de información que desde Access Info Europe consideramos que debería ser pública, está la obligación para cada institución de publicar un listado de toda la información que tienen en su poder, así como sus publicaciones. Esto, además de facilitar el acceso al solicitante, repercute en una mayor eficiencia de gestión de la información para las instituciones públicas.

Por último, se plantea la creación de un portal de la transparencia sin haber hecho ningún estudio previo sobre si ésta es la solución más adecuada. En muchos países se ha optado por publicar la información en las páginas web de cada institución, que es la forma más intuitiva de buscarla. Además, la solución de crear un portal sólo será obligatoria para la Administración General del Estado, quedando en el aire la solución que adoptarán las diferentes Comunidades Autónomas o Entidades Locales. La proliferación de este tipo de portales, sin una coherencia, puede provocar una inseguridad a la hora de encontrar la información.

*Recomendación 3: El parlamento debería asegurar que todas las instituciones públicas tengan las mismas obligaciones de publicación proactiva de información.*

*Recomendación 4: El parlamento debería incluir dentro de las obligaciones de publicación proactiva de información la publicación de los listados de información que tiene cada institución.*

*Recomendación 5: El parlamento debería exigir un estudio de las opciones más adecuadas para publicar la información y debería encontrar una solución común a la publicación de información en todo el territorio para evitar desigualdades en el acceso.*

**Débil definición de “información”:** El Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos establece como definición de información: “toda la información registrada [archivada] de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas” .Este anteproyecto, sin embargo, establece una definición más débil.

Por un lado, no menciona que se podrá solicitar información sin importar el formato en el que esté almacenada. Esto es especialmente importante para poder asegurar una coherencia con las políticas de reutilización de información, que cada vez cobran más importancia en España.

Por otro lado, aunque es acertado mencionar que se podrá acceder a la información que haya sido “elaborada o adquirida en el ejercicio de las funciones de los sujetos obligados”, esto se contradice directamente con el artículo 16.4, que establece que “Cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso”, haciendo muy ineficiente el acceso.

* *Recomendación 6: El parlamento debería incluir una mención al formato en la definición de información, en concreto debería establecer que se podrá acceder a cualquier información sin importar el formato en el que esté almacenada.*
* *Recomendación 7: El Parlamento debería eliminar el párrafo cuarto del artículo 16 que contradice frontalmente la definición de información de la propia ley.*

**Problemas con los límites al acceso:** La lista de excepciones al derecho de acceso de este Proyecto de Ley es acorde con los estándares internacionales e incluye la prueba de daño y de interés público. Sin embargo, el Convenio del Consejo de Europa recomienda a los Estados Partes “fijar unos plazos más allá de los cuales los límites mencionados… dejen de ser aplicables”, por lo tanto la aplicación de las excepciones puede mejorarse añadiendo una mención relativa a que “cuando la causa para no publicar deje de existir deberá publicarse la información o establecerse un límite de tiempo para que deje de ser información no publicable.”

El mayor problema con los límites al acceso, claramente en contra con los estándares internacionales y criticado por la OSCE[[6]](#footnote-6) es que se siguen excluyendo tipos de información, las solicitudes de información en curso de elaboración, de información auxiliar o de apoyo como son las notas, los borradores, los informes internos y de información para cuya publicación sea necesario un trabajo de relaboración serán inadmitidas a trámite. Es decir, que se excluyen tipos de información. Excluir tipos de información no tiene sentido, ya que las excepciones son suficientes para proteger los intereses legítimos que podrían verse dañados con la publicación de cualquier información, además, contradice nuevamente la definición de información que establece la propia ley.

* *Recomendación 8: El parlamento debería matizar cuando caducan las denegaciones de información.*
* *Recomendación 9: El Parlamento debería eliminar las exclusiones de tipos de información del artículo 15 que contradicen los estándares internacionales en la materia.*

**Problemas en el proceso de solicitud de información:** Los estándares internacionales sobre acceso a la información establecen, como uno de los principios fundamentales del derecho de acceso, que las solicitudes no deban ser motivadas y llaman a los países a que eso quede claro en sus legislaciones de acceso.

Este Proyecto de Ley no es del todo claro en este aspecto, ya que en su artículo 14.3 establece que no será obligatorio incluir en la solicitud los motivos por los que se solicita la información. Comienza abriendo la posibilidad a que se añadan los motivos y que se tendrán en cuenta. Debería eliminarse esta última mención ya que en ningún caso los motivos personales para conocer una información deberían ser relevantes a la hora de decidir si la información solicitada puede o no puede ser publicada. Esto dependerá únicamente de si la información perjudica o no otro interés legítimo[[7]](#footnote-7).

* *Recomendación 11: El parlamento debería eliminar del artículo 14 la mención a la posibilidad de exponer las razones por las que se solicita la información.*

**Responsables de información**: Este Proyecto de Ley establece la obligación de designar un responsable de acceso a la información sólo para la Administración General del Estado. Esta figura debería existir en todas las instituciones públicas para asegurar las mismas garantías de acceso en cualquier institución pública.

* *Recomendación 12: El Parlamento debería hacer obligatorio por ley para todas las instituciones públicas nombrar un responsable de acceso donde poder dirigir las solicitudes de acceso y encargado de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de publicación proactiva de información.*

**Silencio administrativo negativo:** Si transcurre el plazo para contestar y la institución a la que se ha solicitado la información no contesta, se entiende denegada la solicitud. Esto atenta directamente contra los principios fundamentales del derecho de acceso a la información, ya que las denegaciones totales o parciales deberían ser siempre motivadas.

Teniendo en cuenta que en España, de media, más del 50%[[8]](#footnote-8) de las solicitudes quedan sin respuesta, establecer un silencio negativo tendría consecuencias especialmente negativas en la implementación de la ley de transparencia y harían este proceso más lento y menos eficiente.

* *Recomendación 13: El parlamento debería establecer que el silencio administrativo será positivo para los casos de solicitudes de información.*

**Sistema de recursos débil e insuficiente:** El proyecto de ley reconoce la posibilidad de recurrir las decisiones sobre acceso a la información ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios, pero este organismo no resulta suficiente para proteger el derecho de acceso a la información pública por las siguientes razones:

* Falta de independencia: Este organismo depende del Ministerio de Hacienda. Esto implica que la administración sería juez y parte a la hora de conocer sobre los conflictos que se recurran.
* No es aplicable ante todas las denegaciones: Este organismo no podrá conocer de los conflictos relacionados con las denegaciones de información por parte de las instituciones del art. 2.1.f, entre las que se encuentran el Congreso de los Diputados o el Tribunal de Cuentas, entre otros. Tampoco serán recurribles ante esta agencia las decisiones de organismos autonómicos o locales si estos no han celebrado un acuerdo previo con la agencia. Esto genera desigualdades graves en la protección del derecho de acceso.
* El proyecto de ley no dice si las decisiones de la Agencia son o no vinculantes y no se define el mandato que tendrá. No sabemos si puede obligar a las instituciones a publicar información, si puede consultar la información que las instituciones no quiere publicar…; en definitiva, no sabemos si este organismo tendrá el poder y mandato suficiente para velar por el correcto cumplimiento de la ley y asegurar una implementación rápida y eficiente de la misma.
* Silencio administrativo negativo: Doble silencio, ni siquiera el organismo encargado de velar por el correcto cumplimiento de la ley debe cumplir con los principios fundamentales del derecho, esto es simplemente inaceptable.
* *Recomendación 14: El parlamento debería replantear la naturaleza y las funciones del organismo encargado de velar por la protección del derecho de acceso a la información. Este organismo debe ser independiente y contar con el poder y funciones suficientes para implementar de forma rápida y consistente el derecho de acceso a la información en todo el territorio.*

**Falta de sanciones claras:** El régimen de sanciones debe mejorarse y ser más específico para la materia que nos ocupa. En concreto, sería recomendable prever las siguientes sanciones:

* Sanciones a funcionarios que incumplan la ley de acceso a la información pública.
* Sanciones a funcionarios que incumplan reiteradamente la ley de acceso a la información pública.
* Protección especial para aquellos funcionarios que, de buena fe, publiquen información que no debería haber sido publicada por afectar a alguna de las excepciones previstas en la ley.
* *Recomendación 15: El parlamento debería incluir en la ley las sanciones y protecciones que se enumeran en este punto para reforzar el derecho de acceso a la información y asegurar una implementación más rápida.*

**Falta de previsión de mecanismos de promoción del derecho de acceso a la información:**

Las medidas de promoción son de vital importancia para conseguir un cambio en la cultura del secretismo de un país como España, con altísimos niveles de silencio administrativo en materia de acceso a la información, además de ser esenciales para asegurar una implementación eficaz y homogénea dentro y fuera de las instituciones públicas.

El proyecto de ley no menciona en ningún momento la promoción del derecho de acceso a la información y tampoco especifica quién será el encargado de desarrollar las actividades de promoción previstas en la ley. Es importante encomendar estas tareas a un órgano concreto que asegure una buena implementación de la ley y el derecho, ya sea el órgano de revisión, ya sean las unidades de información.

Las actividades de promoción que se recomienda incluir en esta ley además de las ya incluidas son:

* Encomendar a un organismo central el mandato de promocionar el derecho de acceso a la información.
* Encargar a las instituciones públicas que informen anualmente sobre las acciones llevadas a cabo para implementar sus obligaciones de transparencia y la obligación de presentar un informe detallado al poder legislativo sobre la implementación de la ley.
* Prever por ley medidas concretas de promoción del derecho de acceso a la información en la sociedad, como pueden ser la creación de guías explicando este derecho o impartiendo cursos en colegios.
* Crear o prever la creación de un sistema de orden y diligencia a la hora de tratar la información en manos de las instituciones públicas.
* Establecer la obligación de crear listas con los documentos en poder de cada institución pública.
* Prever programas de formación de funcionarios sobre sus obligaciones de transparencia.
* *Recomendación 16: El parlamento debería prever en la ley medidas de promoción dentro y fuera de las instituciones públicas para asegurar una correcta implementación de la misma.*

1. Caso *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary* (App no 37374/05), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de abril de 2009, parrafo 36,

   <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=849278&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. [↑](#footnote-ref-1)
2. Caso Kenedi v. Hungary (Appl. no. 31475/05), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de mayo de 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92663#{%22itemid%22:[%22001-92663%22]}> [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151 <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245> [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver la Opinión General 39 sobre el Articulo 19 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm) por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, órgano de [expertos independientes](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/members.htm) encargado de supervisar la aplicación de los Estados Partes del Pacto por sus Estados Partes, de [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm) [↑](#footnote-ref-4)
5. Párrafo 18 de la Opinión General 39 sobre el Articulo 19 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm) por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas. [↑](#footnote-ref-5)
6. El análisis de la OSCE criticaba la exclusión de tipos de información: <http://www.access-info.org/es/coalicion-pro-acceso/260-osce-spains-draft-transparency-law-insufficient> [↑](#footnote-ref-6)
7. El análisis de la OSCE también señalaba este problema con la motivación y hacía la misma recomendación. [↑](#footnote-ref-7)
8. 2006, Transparencia y Silencio: 61% de silencio; 2008, Cuando lo Público no es público: 35% de silencio y un 43% de contestaciones denegando el acceso; 2010, 6QC: puesto 66 de 80, 50% de silencio y ninguna información recibida; 2010, TUWYD: silencio ante las preguntas que ya hicieron y ahora están en juicio; 2011 La campaña de las 100 preguntas: 84% de las solicitudes no resueltas positivamente con un 42% de silencio; 2012, tuderechoasaber.es: Los resultados del primer informe advertían un 59% de silencio administrativo. [↑](#footnote-ref-8)