



Cambios que se proponen a la ley de Transparencia y Buen Gobierno desde la Coalición Pro Acceso

Desde la Coalición Pro Acceso damos la bienvenida a al Anteproyecto de Ley de transparencia y a la decisión de abrir consulta pública sobre el mismo, pero consideramos que el texto que propone el Gobierno no es suficiente para asegurar el debido reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.

España necesita aprobar una Ley que fundamente la transparencia de toda la actividad pública y consideramos que este Anteproyecto se limita a establecer unas obligaciones de publicación activa de información y un derecho de acceso a la información mediante solicitud muy limitado.

A continuación exponemos nuestros comentarios y las propuestas para mejorar su contenido que hemos dividido en 5 categorías:

| | |
|--|----|
| 1. Reconocimiento del derecho y principios generales | 4 |
| 2. Definición de información: | 5 |
| 3. Publicación proactiva de información: | 6 |
| 4. Límites del derecho de acceso a la información pública: | 6 |
| 5. Recursos y sanciones | 10 |

Agradeciendo la atención prestada a nuestras propuestas y esperando que se vean integradas en la futura ley de transparencia y buen gobierno, con el ofrecimiento formal de nuestra colaboración en este tema reciban un cordial saludo de la Coalición Pro Acceso.

Access Info Europe

ACIMA

ALBOAN

Amnistía Internacional

Anabad Murcia

Asociación Andaluza para la Defensa de los animales (ASANDA)

Asociación de Archiveros de Castilla y León

Asociación de Archiveros Españoles en la Función Pública

Asociación de la Prensa de Madrid (APM)

Asociación de Profesionales Especialistas en la Información – Asturias (APEI)

Asociación de Usuarios de la Comunicación

Asociación Española de Documentación e Información (SEDIC)

Asociación para la Comunicación e Información Medioambiental (ACIMA)
Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa
Asociación para la Prevención y Estudios de Delitos, Abusos y Negligencias en Informática y Comunicaciones Avanzadas (APEDANICA)
Asociación para la recuperación de la memoria histórica (ARMH)
Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE)
Asociación Transparencia y Libertad
Associació Ciutadania i Comunicació (ACICOM)
Associació d'Arxivers i Gestors de Documents Valencians
Ayuda en Acción
Col·legi Oficial de Bibliotecaris i Documentalistes de la Comunitat Valenciana (COBDCV)

Comisión de Libertades Informàtiques
Confederación de Consumidores y Usuarios (CECU)
Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios
Coordinadora de ONG de Desarrollo de España
Coordinadora Ecoloxista d' Asturias
DECIDE - Democracia, Ciudadanía y Desarrollo
Ecologistas en Acción
Economistas sin Fronteras
Federación de Asociaciones de la Prensa de España
Federación española de empresas de software libre, ASOLIF
FFII España
Foro Ciudadano de la Región de Murcia
Fundación Ciencias de la Documentación
Fundación Ciudadana Civio
Fundación Cultura de Paz
Fundación Ecología y Desarrollo
Fundación IPADE
Gobern Obert
Greenpeace España
Hispalinux
Ingeniería sin Fronteras
Intermón Oxfam
Observatorio de la RSC
Open Data España
Plataforma para la creación del Colegio Oficial de Archiveros, Bibliotecarios y Documentalistas de Madrid
Plataforma para la Defensa de la Cordillera Cantábrica
Plataforma por una Vivienda Digna
Pro Bono Público
RADA - Red de Abogados para la Defensa Ambiental
Red Sostenible
Reporteros Sin Fronteras
SEO - Birdlife
Sunaptein - Asociación para la Promoción de la Salud Mental
Transparencia Internacional (España)
WWF-Adena

Individuos que apoyan las actividades estratégicas de la Coalición:

Manuel Sánchez de Diego Profesor de Derecho de la Información de la Universidad Complutense de Madrid

Severiano Fernández Ramos, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz

José Manuel Alonso, responsable de eGovernment en W3C, de la Fundación CTIC

Antonio Rubio Campaña, Subdirector de "El Mundo" y profesor de Periodismo de Investigación en la Universidad Rey Juan Carlos

José Luis Dader García, Catedrático de Periodismo en la Universidad Complutense de Madrid

En Madrid, a 10 de abril de 2012

1. Reconocimiento del derecho y principios generales

El derecho de acceso a la información como derecho fundamental

El anteproyecto no reconoce el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental, solo como un derecho de naturaleza administrativa derivado del artículo 105 b) de la Constitución Española. Este precepto se ubica dentro del Título IV "Del Gobierno y la Administración" por lo que no ampararía el ejercicio del derecho ante otros órganos constitucionales, entes públicos o con participación pública mayoritaria.

Desde la Coalición Pro Acceso defendemos que la Constitución Española recoge este derecho implícitamente en su artículo 20. Este precepto presenta carencias importantes que deben ser rellenadas según el artículo 10.2 CE, "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*" Por ello la interpretación del artículo 20 debe hacerse desde instancias internacionales. Esencialmente el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, el también artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconocen la facultad de investigar/buscar información. Tanto la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está realizando del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, como el Comité de DD.HH. de la ONU y otras altas instancias internacionales de derechos humanos -por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos- vinculan el derecho de acceso a la información- el derecho de acceso a información en manos de entidades públicas - a la genérica libertad de expresión o derecho a la información.¹

La Comité de Derechos Humanos de la ONU dice en su interpretación del Artículo 19:

*El párrafo 2 del artículo 19 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos. Esta información comprende los registros de que disponga el organismo público, independientemente de la forma en que esté almacenada la información, su fuente y la fecha de producción.*²

¹ Aunque algunos tratados internacionales y normativas nacionales sobre la materia optan por hablar de "información pública" o "documentos públicos" y no de información, consideramos que el término adecuado es hablar de información a secas por dos razones. En primer lugar cuando se habla de información pública entendemos que se refiere a su naturaleza y no a su estado, es decir información pública para nosotros es toda la información en manos de las instituciones públicas. En segundo lugar porque consideramos que toda información en manos de la institución pública es susceptible de ser publicada aunque en casos concretos y de forma temporal este acceso sea limitado para proteger otros intereses legítimos.

² UN Human Rights Committee, General Comment on Article 19 of the ICCPR, Spanish versión: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

Esto implicaría que en lo referente al derecho fundamental a acceder a la información pública debería tramitarse por medio de una Ley Orgánica y aplicarse a todas las instituciones públicas y privadas que se enumeran en el artículo 2 del Anteproyecto, incluyendo también la información no administrativa de los poderes judicial y legislativo, así como de los órganos constitucionales, incluida la Corona y, por tanto, la Casa Real, por ser también una institución pública y sin que exista ninguna razón para que no tenga que estar sujeta a las mismas obligaciones de transparencia.

Los estándares internacionales reconocen una serie de limitaciones legítimas al derecho, que incluyen la protección de ciertos intereses tal como la seguridad nacional, las relaciones internacionales, la averiguación de los delitos y los derechos de las personas, que deben aplicarse caso por caso, tomando en cuenta si el interés público en recibir la información es mayor que el posible daño al interés protegido.

El principio de publicidad

Se debe reconocer el principio de publicidad de toda la información pública, para ello proponemos que se añada un artículo al principio del texto que diga:

“Toda la información en manos de las instituciones públicas españolas es pública y solo se limitará el acceso en los casos que la publicación de la información dañe uno de los intereses legítimos establecidos como excepciones en esta ley”

2. Definición de información:

La definición de la información que se puede solicitar es una de las piedras angulares de una ley de acceso a la información. Es esencial que la definición de información esté en línea con el Convenio del Consejo de Europa y que no excluya por definición ningún tipo de información, es decir “toda la información registrada [archivada] de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas”, artículo 1.b del [Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos](#).

En cuanto a la definición de información que recoge este anteproyecto, se debe mejorar ya que de momento es extremadamente restrictiva, porque incluye en la propia definición una serie de excepciones que son absolutas ya que no están sujetas a ningún tipo de ponderación entre daño e interés público de la publicación. Proponemos que el artículo 9 quede de la siguiente forma:

“Se entiende por información [pública] la que obre en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que haya sido elaborada o adquirida en el ejercicio de sus funciones públicas, sin importar la forma en la que esté almacenada.”

3. Publicación proactiva de información:

Reconocemos la importancia de establecer mecanismos de publicación proactiva por parte de las instituciones públicas para conseguir un sistema de transparencia eficiente y nos parece muy adecuado establecer unas obligaciones en este sentido por ley.

Reconociendo la utilidad de lo que ya establece el anteproyecto, consideramos que hay otros tipos de información que debe ser publicada sin necesidad de tener que solicitarla como son los tipos de servicio que ofrece cada institución, la forma de solicitarlo, un listado de las reuniones públicas y las actas de estas, los mecanismos de participación ciudadana o el listado de publicaciones y de información en poder de cada administración.

Por eso, además de lo ya incluido en el texto del Anteproyecto proponemos que también sea obligatorio que las instituciones públicas publiquen proactivamente la siguiente información:

Artículo 4. Información institucional, organizativa y de planificación

4.3 Las Administraciones públicas informarán del teléfono de contacto, correo electrónico o formulario sustitutivo, horario de atención al público, dirección de las oficinas y de las delegaciones.

4.4 Las actas de los plenos de ayuntamientos, asambleas legislativas y congreso de los diputados

4.5 Un listado de la información en poder de cada administración incluyendo las publicaciones, los registros, las bases de datos

Artículo 5. Información de relevancia jurídica

5. c Asimismo publicarán los dictámenes que se hayan emitido, preceptivos y facultativos, emitidos por los órganos competentes.

Artículo 6. Información económico-presupuestaria y estadística

6. e. Si los miembros de los gobiernos, órganos superiores o directivos ejercen otros cargos públicos también se especificará, así como las retribuciones que perciben por esos cargos.

6. f. Se publicarán las actividades privadas retribuidas que realicen los miembros de los gobiernos, órganos superiores o directivos (tal y como ya se hace en el Parlamento Europeo)

4. Límites del derecho de acceso a la información pública:

Excepciones al derecho de acceso a la información

Los estándares internacionales reconocen una serie de excepciones que han sido recopiladas en el artículo 3 del [Convenio del Consejo de Europa](#) sobre acceso a documentos públicos. En este sentido, la lista de excepciones que establece el

anteproyecto de ley del gobierno es adecuada pero tiene un error muy grave y es que no incluye una prueba de perjuicio y de interés público, siendo algunas de las excepciones, excepciones absolutas al derecho de solicitar información.

El gobierno tiene que reformular las provisiones del anteproyecto para asegurar que las excepciones estén sujetas a una ponderación entre el potencial daño de la publicación y el interés público. Ninguna excepción debe ser absoluta, se debe proceder a realizar esta ponderación siempre que se quiera interponer las excepciones, para lo cual es esencial que el derecho se configure como un derecho fundamental, no como un mero derecho administrativo.

Proponemos cambiar el enunciado de una de las excepciones, entendiendo que hay que proteger el proceso de toma de decisiones, consideramos la excepción "La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión" es repetitiva y que el término "secreto" no es adecuado, porque el secreto es una consecuencia de aplicar las excepciones pero no es un interés que haya que proteger, por eso proponemos que se proteja simplemente "el proceso de toma de decisiones".

Proponemos que el artículo 10 quede redactado de la siguiente forma:

"Artículo 10: Límites al derecho de acceso

1. *El derecho de acceso podrá ser restringido cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para:*
 - *la seguridad nacional.*
 - *la defensa.*
 - *las relaciones exteriores.*
 - *la seguridad pública.*
 - *la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.*
 - *La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.*
 - *Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.*
 - *Los intereses económicos y comerciales.*
 - *La política económica y monetaria.*
 - *La privacidad/intimidad y la protección de datos personales.*
 - *El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.*
 - *El proceso de toma de decisiones.*
 - *La protección del medio ambiente.*
2. *Esta información será publicada si el interés público de su publicación fuera superior al potencial daño que pueda causar sobre el interés que se quiere proteger.*
3. *La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección perseguida y deberá ser siempre justificada indicando expresamente el perjuicio que podría causar la publicación de la información solicitada."*

Privacidad y la protección de datos personales:

La Constitución Española en su artículo 18 establece la protección de la intimidad personal, honor y propia imagen, pese a que no existe una mención expresa al derecho a la protección de datos personales, la vigente Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos personales viene a proteger los datos personales contra tratamientos ilícitos y se le otorgan al titular del derecho las facultades de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Reconociendo la necesidad de buscar un equilibrio entre el derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso a la información, el Convenio de Consejo de Europa sobre Acceso a Documentos Públicos explica en su memorándum explicativo que:

“Los documentos que contengan datos personales están incluidos en el ámbito del Convenio. [La protección de datos] en principio no impide el acceso por la parte de terceros a documentos que contengan datos personales. Sin embargo, cuando se otorga acceso a tales documentos, el uso de los datos personales que contienen está regulado por [tratados internacionales cómo] el Convenio No.108.”

Siguiendo la regulación del Convenio, consideramos que la protección de datos personales es un interés legítimo que debe ser tratado como el resto de las excepciones y por lo tanto debe estar sujeto a pruebas de perjuicio y de interés público, por eso lo hemos añadido en la lista del artículo 10.

En los casos donde la información otorgada a un solicitante incluya datos personales, el solicitante debe respetar la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en cuanto al uso y tratamiento posterior de los datos.

El artículo 11 de este anteproyecto contiene en su punto 4 la ponderación entre daño e interés público, hemos propuesto que esta ponderación sea aplicable a todas las excepciones proponemos que se incluya en el artículo 10, por eso no consideramos que sea necesario repetirlo en esta ocasión.

Destacamos como algo positivo y respaldamos el reconocimiento en la ley de la importancia de dar acceso a información que contenga datos personales cuando esta información esté relacionada con “la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano”.

El artículo 11 quedaría de la siguiente manera:

Artículo 11. Protección de datos personales

- 1. Cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley. No obstante, se aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran únicamente al solicitante.*
- 2. Con carácter general y, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales sobre el interés público en la divulgación que lo*

impidan, se concederá el acceso a información que contenga datos vinculados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

- 3. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los datos personales obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.*

Acceso parcial

Es muy importante que el acceso parcial se reconozca en todo caso y para todas las excepciones recogidas en el artículo 10, que siguiendo nuestra propuesta incluiría todas las excepciones que ahora están en el artículo 9 y la protección de datos personales del artículo 11. Proponemos que el artículo 12 quede redactado de la siguiente manera:

“En los casos en que sea de aplicación alguno de los límites previstos en el artículo 10 pero no se vea afectada la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial, previa omisión de la información a la que se le aplique el límite, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido.”

Exclusiones de información

El artículo 13 recoge una serie de modalidades de información que quedaría excluida del derecho de acceso, esto es inaceptable porque afecta y limita directamente la definición de información pública por motivos que no son permitidos por los estándares internacionales, como el Convenio del Consejo de Europa. Reconociendo el principio de publicidad de toda la actividad pública y aplicando debidamente las excepciones, consideramos que no hay razón para excluir ningún tipo de información concreta. Proponemos por lo tanto eliminar del Anteproyecto el artículo 13 donde se recogen estas excepciones.

Causas de inadmisión

Teniendo en cuenta que proponemos no excluir ningún tipo de información, el artículo 15 sobre causas de inadmisión quedaría de la siguiente forma:

“Se inadmitirán a trámite, previa resolución motivada, las solicitudes que sean manifiestamente repetitivas y tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.

En cualquier caso, la decisión de inadmitir podrá siempre ser recurrida utilizando los mecanismos de recurso establecidos en esta ley.”

Regulaciones específicas

Como ya hemos mencionado consideramos que esta ley debería fundamentar la transparencia en España y, por ello cualquier tipo de información en manos de cualquier institución pública será accesible según esta ley. Consideramos que la disposición final primera donde se establece que “se regirán por su normativa específica aquellas materias que tengan previsto un régimen legal específico de

acceso a la información” debe eliminarse o añadir que solo se regirán por otra regulación si esta reconociera una mayor transparencia que la presente ley.

5. Recursos y sanciones

Silencio Administrativo

El anteproyecto de ley reconoce que en caso de no contestar la administración la solicitud se entenderá desestimada. Esta previsión es completamente incompatible con el principio de publicidad y con la obligación de motivar las denegaciones de información. SI una administración decide no permitir el acceso a cierta información porque la publicación dañaría otro interés legítimo, debe explicar exactamente como se vera dañado este interés y porqué el interés público de la publicidad no es mayor.

Por eso, entendemos que el silencio administrativo debe tener carácter positivo en ambas instancias administrativas, por tanto, los artículos 17.4 y 21.4 del Anteproyecto deberían quedar redactados de la siguiente forma –con las consiguientes adaptaciones de los restantes preceptos afectados-:

Artículo 17.4: Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido estimada, con los efectos previstos en el artículo 43.5 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre.

Artículo 21.4: El plazo máximo para notificar la resolución será de un mes, transcurrido el cual, el recurso se entenderá estimado, con los efectos previstos en el artículo 43.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Configuración del órgano competente para la supervisión y tratamiento en primera instancia de los recursos derivados de la aplicación de la ley:

Este anteproyecto otorga el mandato de conocer los recursos a las violaciones de la presente ley a la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios. Consideramos que el mandato no queda suficientemente desarrollado y debería extenderse para incluir por ejemplo la promoción del derecho de acceso dentro y fuera de las instituciones públicas.

Este órgano además no es independiente ya que está encuadrado en el Ministerio de Hacienda y el nombramiento de su director se hace por el mismo gobierno, con lo que corremos el riesgo de que sea juez y parte en el proceso de revisión, por ello recomendamos que no quede encuadrado en ningún Ministerio y que el nombramiento de su presidente se haga por el parlamento, en un proceso transparente y, en todo caso como Autoridad Independiente.

Este órgano debería ser el encargado de velar por el cumplimiento de la ley pero también de asegurar la correcta implementación de la misma, por ello debe incluir también dentro de su mandato la función de promocionar el derecho de acceso dentro y fuera de las instituciones públicas.

Consideramos necesario acompañar a esta Ley de una memoria económica que entre otras cosas otorgue a este órgano una partida presupuestaria que asegure que podrá desarrollar su mandato con independencia y eficacia.

Por último, es muy importante reconocer que este órgano debe tener la obligación de contestar a todos los recursos que se planteen con lo que el silencio negativo que se establece en el texto nos parece inaceptable.

Entendemos por las conversaciones que hemos tenido en las diferentes reuniones con el gobierno que se quiere evitar crear un organismo nuevo. Entendiendo esta postura, desde la Coalición Pro Acceso recomendamos fuertemente que sea la Agencia Española de Protección de Datos la que se convierta en el órgano de revisión puesto que su mandato está mucho más relacionado con la materia que la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios. Este modelo mixto funciona muy bien en muchos países (Reino Unido, Alemania, México, Eslovenia...).

Con todo esto, proponemos que el enunciado del artículo 21 quede de la siguiente forma:

Artículo 21. Reclamaciones ante un órgano de revisión independiente.

- 1. Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso dictada de conformidad con el procedimiento regulado en el capítulo anterior así como frente a la resolución de los recursos administrativos que contra aquella sean procedentes, podrá interponerse una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos y Acceso a la Información, con carácter potestativo y previo a la impugnación en vía contencioso-administrativa.*
- 2. La reclamación se interpondrá en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado, de la resolución del recurso administrativo o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.*
- 3. La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución del recurso, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.*
- 4. El plazo máximo para notificar la resolución será de un mes, transcurrido el cual, el recurso se entenderá estimado, con los efectos previstos en el artículo 43.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

5. *La Agencia Española de Protección de Datos y Acceso a la Información también será la encargada de velar por la promoción y efectiva implementación del derecho de acceso a la información.*
6. *El Presidente de la Agencia Española de Protección de Datos y Acceso a la Información será nombrado por mayoría del Parlamento y su cargo será de 5 años.*
7. *El Presidente de la Agencia Española de Protección de Datos y Acceso a la Información comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.*

Sanciones y Protecciones

El anteproyecto de ley no incluye sanciones para las instituciones y los funcionarios que no cumplan con sus obligaciones de transparencia. Esto sumado con el alto nivel de silencio que existe en la práctica hace que la implementación sea más difícil, por eso recomendamos que esta ley incluya las siguientes sanciones.

En concreto sería recomendable prever las siguientes sanciones:

- Sanciones a funcionarios que incumplan la ley de acceso la información pública.
- Sanciones a funcionarios que incumplan reiteradamente la ley de acceso a la información pública.
- Sanciones para aquellos que destruyan documentos y lleven a cabo otros actos que obstaculicen de manera deliberada el acceso a la información.

Entre las protecciones que la ley debería incluir, destacamos:

- Protección especial aquellos funcionarios que de buena fe publiquen información que no debería haber sido publicado por afectar a alguna de las excepciones previstas en la ley.
- Protección especial para whisterblowers.