

CUANDO LO PÚBLICO NO ES PÚBLICO

¿POR QUÉ SE NECESITA UNA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA?

Informe sobre las solicitudes y casos en seguimiento por Access Info Europe
en relación con la legislación española actual y la práctica de la Administración en España

Octubre 2008

INDICE:

	Página
Presentación	3
Introducción	4
La Administración no sabe, no contesta. La Administración prefiere no responder.	5
En España la ley no está a la altura de los estándares internacionales del derecho de acceso.	6
1 → España carece de una declaración firme del Principio General de Publicidad.	7
Problema 1 → El documento debe formar parte de un expediente. Pero ¿qué es un expediente? La ley no lo dice.	9
Problema 2 → El expediente debe corresponder a un procedimiento. Pero ¿qué pasa con la ingente cantidad de información que la Administración tiene que no se halla vinculada a ningún procedimiento? La ley no lo dice.	10
Problema 3 → El expediente en el que se encuentre la información debe estar terminado. Pero ¿cuándo se considera terminado? La ley tampoco lo dice.	
2 → Sobre el principio “Toda la información pública es accesible”	12
3 → Sobre el principio “Sin un porqué ni un para qué”	15
4 → Sobre el principio “Respuesta clara y rápida de la Administración”	16
5 → Sobre el principio “Todas las personas tienen el derecho de acceso”	18
6 → Sobre el principio “Todo el proceso para solicitar información pública debe ser sencillo y la Administración debe informar sobre él”	16
Conclusiones y recomendaciones	21

PRESENTACIÓN

Este informe ha sido escrito por Eva Moraga Guerrero, Abogada de Access Info Europe, con el fin de dar a conocer las conclusiones obtenidas por esta organización en el seguimiento de cuarenta y un solicitudes de información presentadas ante veintitrés instituciones públicas españolas en el último año. Este informe ha sido elaborado con motivo de los actos realizados en todo el mundo en celebración del Día 28 de Septiembre, Día Internacional del Derecho a Saber.

Access Info Europe es una organización de derechos humanos, dedicada a promover y proteger el derecho de acceso a la información en Europa y a contribuir al desarrollo de este derecho a nivel mundial.

Conformada por expertos en acceso a la información europeos e internacionales, Access Info Europe trabaja para impulsar los más altos estándares de transparencia en el gobierno y otros organismos públicos, así como para promover el acceso a la información en poder de entidades privadas cuando sea necesario para la protección de derechos fundamentales.

Entre sus múltiples actividades, Access Info Europe presta asesoría jurídica a todos aquéllos que encuentren dificultades a la hora de intentar conseguir información en manos de todas las administraciones y poderes públicos.

INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información pública se halla regulado de forma precaria en España. Son múltiples los defectos y lagunas en su legislación que, lejos de ser únicamente un mero objeto de discusión académica, funcionan como obstáculos reales y, en muchas ocasiones, insalvables para que el ciudadano pueda conocer no solamente lo que las administraciones hacen con su dinero sino también cómo se han tomado las decisiones que les afectan directa o indirectamente.

Access Info Europe presta asesoría jurídica a aquellos ciudadanos que se encuentren con problemas para acceder a todo tipo de información que se halle en poder de las instituciones públicas y realiza un seguimiento de todos estos casos desde el inicio de todo el proceso con la solicitud, pasando por la resolución final de la administración afectada, si la hay, y llegando, en su caso, a los tribunales cuando el ciudadano no recibe la información que ha pedido.

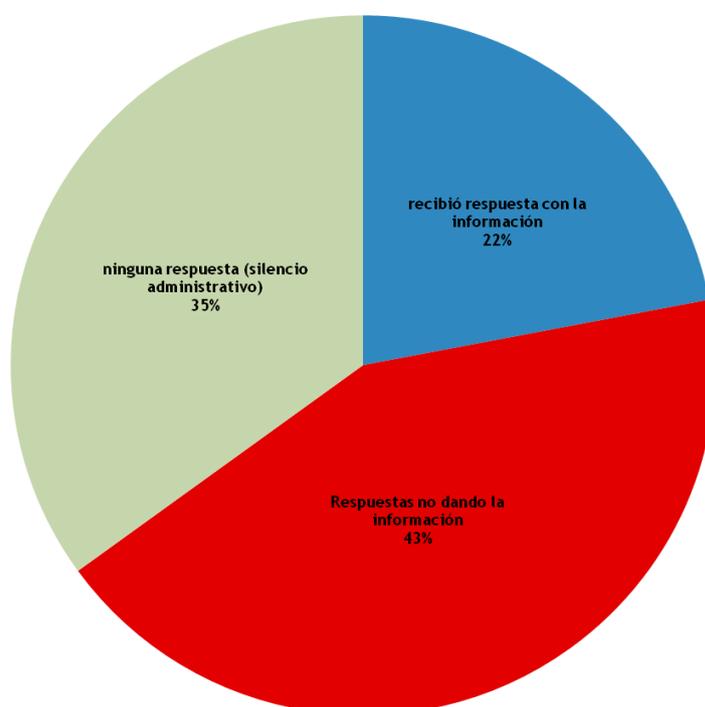
El tipo de casos es muy variopinto y cubre todo el ámbito del derecho de acceso, incluyendo casos en los que simplemente se solicita información para poder participar en sociedad, como, por ejemplo, la definición de envase con el fin de reciclar; o para poder emitir una opinión informada sobre la acción de sus gobernantes, como en el caso de una petición de información sobre la implementación, en España, del Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción; o para ser capaz de evaluar las acciones de entidades que ejercen ciertas funciones de interés público, como una solicitud relativa a las memorias anuales que la SGAE tiene la obligación de presentar anualmente sobre el empleo de lo que recibe en concepto de canon. También estamos siguiendo casos en los que se pide el acceso directo a archivos y fondos documentales, casos en los que todavía, y a pesar de que la legislación es más aperturista en estos supuestos, los investigadores se siguen encontrando con claras dificultades de acceso, como, por ejemplo, la inicial negativa que varios investigadores recibieron para acceder a los fondos relativos a los campos de concentración y batallones de trabajo que hubo durante la guerra civil y la dictadura en ciertas provincias españolas.

En este análisis iremos de la mano de la actual regulación del derecho de acceso para explicar cuáles son los obstáculos y limitaciones que los ciudadanos se encuentran a la hora de obtener la información que necesitan. Dado el carácter divulgativo de este documento, evitaremos entrar en disquisiciones jurídicas de carácter académico y con un lenguaje sencillo y claro, explicaremos los mayores impedimentos existentes. Hemos elegido este criterio como elemento articulador de este estudio para mostrar cómo es la propia legislación existente la que facilita los argumentos que favorecen el oscurantismo en la práctica de la propia Administración. La ley lo pone fácil para que toda institución pública que no quiera proporcionar cierta información o documento encuentre motivos con fundamento legal para negarse. Sin necesidad de una gran creatividad, la Administración afectada no tiene más que dirigirse a la ley de procedimiento administrativo actual, que en ningún momento parece haber sido pensada para facilitar el acceso a la información pública por todo aquél que lo desee, sino que, muy al contrario, podría parecer incluso, dada su redacción, que hubiera sido concebida para dificultarlo. Además, dado que el derecho de acceso a la información pública es una herramienta esencial para el ejercicio del derecho de todo ciudadano a participar en la vida política de su país es necesario que toda norma que lo regule sea clara, sencilla y fácilmente comprensible para que toda persona pueda entenderla. Si existe la voluntad, las leyes no deben estar reñidas con la sencillez y la claridad de términos.

También comprobaremos cuáles son las carencias de la legislación y la práctica actual del derecho de acceso en España comparándolas con los principios elaborados por la Coalición Pro Acceso¹, plataforma de organizaciones de la sociedad civil de la que Access Info Europe es miembro, a partir del análisis de los estándares ya ampliamente aceptados a nivel internacional.

Asimismo hemos de señalar que este informe se centra en las conclusiones que hemos ido pudiendo obtener hasta ahora de la experiencia obtenida del seguimiento de las solicitudes por Access Info Europe en el último año y no analiza con carácter exhaustivo todos los obstáculos que contemplamos en la legislación española actual sino solo aquéllos puestos de manifiesto por los casos seguidos hasta ahora.

LA ADMINISTRACIÓN NO SABE, NO CONTESTA LA ADMINISTRACIÓN PREFERE NO RESPONDER



Datos de las solicitudes en seguimiento por Access Info Europe en la actualidad:

Solicitudes en seguimiento: 41 – Ver anexo con los casos en concreto

78% de solicitudes no recibieron la información solicitada:

Solicitudes contestadas denegando la información: 43% del total de las solicitudes

Ninguna respuesta (silencio administrativo): 35% del total de las solicitudes

Sólo un 22% recibió respuesta con la información solicitada

11 Recursos administrativos interpuestos ante la propia Administración.

Tan sólo en tres casos se ha recibido la información tras el recurso.

3 Recursos contencioso-administrativos ante los Tribunales de Justicia.

¹ La Coalición Pro Acceso es una plataforma de 22 organizaciones de la sociedad civil que promueve el reconocimiento pleno del derecho de acceso a la información en España y la aprobación de una ley específica al respecto. Más información en: www.proacceso.org

El 78% de las solicitudes presentadas no recibieron respuesta sobre la información que se pedía. Unas veces porque la Administración no contestó (un 35% de todas las solicitudes). Por ejemplo, preguntas sobre las reuniones de la Ministra del Fomento con grupos externos de interés, o solicitudes sobre los contratos de IFEMA con el grupo SACYR, o sobre los informes elaborados por el Departamento de Hacienda del Gobierno Vasco para sustituir sus programas ofimáticos por otros similares basados en el software libre, o sobre el presupuesto contemplado para implementar programas formativos en los centros penitenciarios españoles, no recibieron la debida atención por las Administraciones afectadas que decidieron no contestar. Otras veces consideramos que las solicitudes no recibieron respuesta porque a pesar de que la Administración contestó no se facilita la información que se pedía (un 43% del total de las solicitudes). Hay que destacar el hecho de que **gran parte** de las respuestas dadas por la Administración para denegar los datos que se pedían **no está en consonancia con los principios del derecho de acceso** a la información establecidos a nivel internacional. Unas veces, las administraciones consultadas se amparan de forma literal en la legislación actual y otras, se escudan detrás de una interpretación peculiar de la normativa, interpretación viciada por la carencia de una cultura de transparencia y accesibilidad en la Administración española.

Hemos presentado un total de once recursos ante las Administraciones y tan sólo en tres casos sirvió para obtener la información, aunque curiosamente en dos de ellos ni la Administración hace referencia a los recursos presentados, ni menciona que se trata de la respuesta a esos recursos, ni informa sobre la posibilidad de recurrir estas respuestas ante los tribunales en caso de que la información no sea la solicitada.

En el resto de los casos recurridos tan sólo hemos recibido dos respuestas en las que expresamente se deniega la información y se confirman los argumentos dados inicialmente por la Administración. Así, hemos podido constatar que **la Administración prefiere no contestar** a los recursos administrativos, dejando a los ciudadanos indefensos y sin información sobre cómo recurrir su silencio. Esto supone una pesada carga para cualquiera que desee información de organismos públicos porque sabe que muy probablemente se verá forzado a interponer un recurso contencioso-administrativo ante los tribunales, lo que en la mayoría de los casos supone que se desista del intento de obtener la información, dada la duración de estos procedimientos en España, sobre todo en algunas de las instancias de la justicia administrativa. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “la información es un bien perecedero y retrasar su publicación, incluso por un corto período, puede muy bien privarle de todo su valor e interés.”² Si tras interponer un recurso judicial se obtiene una sentencia favorable ocho años después es muy posible que la información no sea ya necesaria, con lo que el derecho de acceso a la información se queda vacío de contenido aunque haya sido reconocido por el tribunal en cuestión.

EN ESPAÑA LA LEY NO ESTÁ A LA ALTURA DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DERECHO DE ACCESO

A lo largo de las últimas décadas se han ido perfilando a nivel internacional los principios esenciales que definen el derecho de acceso a la información pública y que progresivamente se han ido reconociendo tanto en diversas constituciones como en leyes específicas de transparencia y acceso. Al menos 78 países en todo el mundo tienen leyes que establecen mecanismos para que el público pueda pedir y recibir información de las instituciones públicas de conformidad con estos principios. Además, en el seno del Consejo de Europa se está redactando en la actualidad el que será el primer tratado internacional dedicado a este derecho y a sus requisitos básicos fundamentales.³

² European Court of Human Rights, case of Observer and Guardian v. The United Kingdom (Application no. 13585/88, judgement series A no. 126), 26 November 1991, Para 60.

³ La versión actual del borrador de la Convención del Consejo de Europa de acceso a documentos públicos u oficiales puede encontrarse en:

Como resultado del análisis de la legislación internacional existente la Coalición Pro Acceso elaboró nueve principios⁴ que deberían tener su cobertura en la futura ley que regule este derecho en España. En las pasadas elecciones de Marzo de 2008 el Partido Socialista, ahora en el Gobierno, se comprometió a la adopción de esta ley en su programa electoral⁵, al igual que lo había hecho en la pasada legislatura. Sin embargo, hasta el momento no existe constancia de que se haya dado ningún paso al respecto.

Al objeto de este estudio y para articular este informe los resumiremos y formularemos de la siguiente manera:

- **Principio general de publicidad** → Toda la información en manos de los poderes públicos debe ser accesible a los ciudadanos.
- ¿Quiénes pueden solicitar y recibir información pública? → **Todas las personas**
- ¿Qué información pública se puede pedir? → **Toda la información**, salvo aquella que esté cubierta por las excepciones previamente establecidas en la ley.
- ¿A quiénes se puede pedir esa información? → **Todas las administraciones, instituciones y poderes públicos** y entidades privadas que realicen funciones públicas u operen con fondos públicos.
- **Sin un porqué ni un para qué** → Los solicitantes no tienen que explicar para qué quieren la información o qué uso van a dar a la misma.
- **Respuesta clara y rápida** de la Administración → el solicitante debe recibir una respuesta en un plazo breve y en un formato claro y comprensible.
- **Todo el proceso debe ser sencillo y la Administración debe informar sobre él** → la Administración debe explicar de forma clara y sencilla todas las fases del proceso para solicitar información y para recurrir la respuesta o la falta de contestación de la Administración en su caso.

El modo en que se han ido desarrollando las distintas solicitudes presentadas y el tipo de respuestas y actitudes que hemos podido observar en la Administración nos muestran que la ley no funciona no sólo desde un punto de vista teórico sino también en la práctica cotidiana de las instituciones públicas. En España no existen los mecanismos necesarios para que el solicitar y recibir información pública sea algo común, corriente y sin dificultades.

1 → España carece de una declaración firme del Principio General de Publicidad

A diferencia de la mayoría de los países europeos, España no tiene una ley específica que regule el derecho de acceso a la información pública. En el año 1992, año en que se aprobó la Ley de Procedimiento Administrativo actual⁶, en la que se reguló el derecho de acceso en este país, ya existían en Europa y en el mundo numerosas leyes de acceso a la información que comenzaban su articulado con el establecimiento de un **principio general de publicidad** de toda la

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1270487&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>

⁴ Para ver el texto completo de los nueve principios de la Coalición Pro Acceso: <http://proacceso.wordpress.com/los-nueve-principios/>

⁵ En las pasadas elecciones de Marzo de 2008 cuatro partidos se comprometieron a adoptar una ley de acceso a la información en España. Para ver el texto concreto que incluyeron en sus programas: <http://proacceso.wordpress.com/category/en-los-programas-electorales/>

⁶ Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

información que se encuentra en manos de las administraciones públicas. Sin embargo, el primer artículo que se ocupa de este tema en la ley española parece más una **carrera de obstáculos** que una declaración clara y sencilla de este principio. En vez de una afirmación directa del principio de publicidad la ley⁷ señala que sólo se puede tener derecho de acceso a un documento si todos los requisitos que indicamos a continuación concurren **conjuntamente**:

- El documento debe formar parte de un expediente que se encuentre en un archivo administrativo
- El expediente debe corresponder a un procedimiento
- El procedimiento debe estar terminado

Aparentemente parecen requisitos sencillos, fáciles de entender y cumplir. Sin embargo, en la práctica se revelan como auténticos impedimentos para acceder a la información y no responden a los principios del derecho de acceso establecidos a nivel internacional. Al no existir una declaración firme de este principio se provocan situaciones como la del **Caso 1** en el que el Ministerio de Defensa, por principio, parece no facilitar ninguna información de ningún tipo a ninguna persona.

Caso 1: El Ministerio de Defensa no facilita información de ninguna clase a los ciudadanos. Alega que no está previsto en la ley que esta información se pueda facilitar.

La solicitante presentó cuatro peticiones de información al Ministerio de Defensa de carácter muy diferente. En una de ellas se pedía información sobre el número de inmuebles, propiedad del Ministerio de Defensa, vendidos en el año 2007. En otra se solicitaba el número de miembros de las tropas españolas que han sido tratados por traumas post-conflicto en los últimos cuatro años y el coste anual de su tratamiento. En una tercera se quería saber las denuncias presentadas por miembros de las Fuerzas Armadas por razones de discriminación por género. Y en la última se preguntaba por el número de personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas españolas que hubieran sufrido amputaciones de algún miembro o hubieran sido dados de baja médica como resultado de algún accidente ocurrido en Irak y Afganistán desde el 2001.

Para todas estas preguntas la respuesta fue única: toda la información que se pidió “no constituye materia propia de la información administrativa”⁸ que se facilita a los ciudadanos. Es decir, que **tienen los datos que se piden pero no está previsto que se puedan entregar**. En su respuesta no explican los motivos por los que la información que se pide no puede entregarse. Simplemente, con una fórmula incomprensible y que de ningún modo encuentra amparo en la ley, niegan todo tipo de información. La naturaleza de las solicitudes es tan diferente que deberían haber merecido una respuesta distinta cada una de ellas, en la que se hubieran explicado los motivos específicos para que se denegara lo pedido. El hecho de que las cuatro fueran contestadas de manera conjunta e igual da la impresión de que el Ministerio de Defensa considera que cualquier información en su poder tiene el carácter de secreto oficial y está al margen del escrutinio público. Ante esta contestación hemos interpuesto recurso ante los Tribunales.⁹

⁷ Artículo 37.1 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.”

⁸ En un primer momento el Ministerio de Defensa contestó: “Mucho lamento tener que comunicarle que no se dispone en este Servicio de Información Administrativa, para su facilitación a los ciudadanos, de los diversos datos que solicita en sus cartas.” Tras pedirles por nueva carta que aclararan si el Ministerio de Defensa poseía la información solicitada y si en el caso de que la tuviera, explicara si puede facilitarla o no a los ciudadanos, el Ministerio respondió: “Los datos que se solicitaban, no constituye materia propia de la información administrativa que está previsto en la legislación vigente se facilite a los ciudadanos.”

⁹ Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, presentado el día 17 de Septiembre de 2008.

El principio general de publicidad implica que con independencia de que la información se encuentre en un expediente o no, y éste se encuentre finalizado o no, siempre será accesible a la persona que lo solicite, puesto que es información que se halla en poder de todas las administraciones y de todos los poderes públicos los cuales están al servicio de los ciudadanos y deben responder de su actuación. Como explicaremos más tarde la Administración únicamente podrá denegar el acceso si la información hace referencia a alguna de las excepciones que la ley prevea expresamente y sólo de forma ocasional y no generalizada. El principio es la publicidad. El secreto debe ser siempre la excepción.

Analicemos algunos de estos requisitos y veamos algunos ejemplos de lo que pasa en la práctica.

PROBLEMA 1 → EL DOCUMENTO DEBE FORMAR PARTE DE UN EXPEDIENTE PERO ¿QUÉ ES UN EXPEDIENTE? - LA LEY NO LO DICE

La ley exige que la información o documento que pida el ciudadano “forme parte” de un expediente, es decir, que se encuentre en un expediente. La dificultad estriba en que a nivel nacional no existe una legislación de carácter general que establezca lo que es un expediente administrativo, y ni tan siquiera la propia ley de procedimiento administrativo explica lo que es. Tan sólo existe alguna normativa específica y sectorial que define el concepto de expediente, como ocurre en el ámbito de los ayuntamientos y corporaciones locales¹⁰. En la práctica y de acuerdo con lo que viene siendo la cultura de la propia Administración se tiende a identificar expediente con un procedimiento administrativo que finalizará con una decisión del organismo en cuestión y que ha sido específicamente regulado por ley.

El problema es que, como ha reconocido recientemente Elisenda Malaret, antigua portavoz del PSOE en la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados¹¹, “la Administración dispone hoy en día de información relevante y útil para la formación de la opinión pública que no forma parte de un expediente administrativo” y por consiguiente, no es accesible a los ciudadanos. Es más, mucha de la información sobre decisiones concretas que se toman en el seno de todos los poderes públicos no se incluye en un expediente, con lo cual queda fuera del control público. La dificultad estriba en saber cuáles son los criterios utilizados por la Administración para determinar cuándo guarda una información en un expediente y cuándo no. Se deja a la arbitrariedad de los organismos públicos la decisión sobre la accesibilidad de la información que se halla en su poder sin que la ley diga nada al respecto.

Esta situación provoca supuestos como el **Caso 2** en el que el Ministerio de Cultura se niega a proporcionar los informes que la SGAE está obligada a presentar anualmente sobre el uso que le da a las cantidades que recibe por el canon, porque cuando la Administración recibe esos informes, si es que los recibe, no los guarda en un expediente. ¿En virtud de qué norma decide el Ministerio no incluirlos en un expediente y dejarlos así fuera del examen público? En virtud de ninguna. Tan sólo sigue su propio criterio. Y esto ocurre de forma generalizada en todas las administraciones porque al no existir una normativa se ha dejado todo a la cultura de la propia organización en cuestión.

¹⁰ Artículos 163 y siguientes del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales – Real Decreto 2568/1986 de 28 de Noviembre. El artículo 164.1 indica: “Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.”

¹¹ Emma Hernández Fernández, “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en Europa y España: las propuestas electorales en las elecciones de marzo de 2008”, Trabajo de investigación inédito para el DEA, Programa: Estudios Superiores de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Septiembre de 2008

Caso 2: El Ministerio de Cultura se niega a dar información sobre el canon: Las memorias de la SGAE “no forman parte de un expediente”.

Un ejemplo paradigmático y muy significativo de los problemas que origina la legislación actual es uno de los casos que está siguiendo Access Info Europe en la actualidad y en el que hemos interpuesto recurso ante los tribunales recientemente¹². Un ciudadano buscaba información sobre cómo emplea la SGAE el dinero que recibe del canon. El Ministerio de Cultura, tanto en su contestación inicial como en su respuesta al recurso administrativo que se presentó después, se niega a darle las memorias del año 2006 de la SGAE y VEGAP, entidad de gestión de los artistas visuales, porque “no forman parte de un expediente administrativo”, pero no aclara si éstas se encuentran en su poder o no.

Dado que estas entidades están obligadas a emplear una parte del canon en actividades dirigidas a toda la comunidad de artistas y no solamente a sus socios¹³, la sociedad tiene derecho a saber cómo se está empleando este dinero y si de verdad está sirviendo para ayudar a todos los artistas con independencia de su vinculación a estas entidades o no. El Ministerio se escuda detrás de las carencias de la normativa actual que regula el derecho de acceso a la información para denegar una información de claro interés público.

PROBLEMA 2 →

EL EXPEDIENTE DEBE CORRESPONDER A UN PROCEDIMIENTO PERO ¿QUÉ PASA CON LA INGENTE CANTIDAD DE INFORMACIÓN QUE LA ADMINISTRACIÓN TIENE QUE NO SE HALLA VINCULADA A NINGÚN PROCEDIMIENTO? - LA LEY NO LO DICE

A lo largo de la complicada redacción del artículo 37 de la ley de procedimiento administrativo, donde se halla recogida la regulación del grueso del derecho de acceso en España, se menciona reiteradamente que la información a la que se puede tener acceso es aquella que se encuentra no solamente en un expediente sino que también corresponde a un procedimiento. Esto supone un nuevo escollo para este derecho puesto que la Administración posee enormes cantidades de información que no se hallan ligadas a un procedimiento como tal.

Así, aparte de los datos y documentos recogidos en los que llama la ley “procedimientos de aplicación del derecho”, como los expedientes de autorización, expropiatorios, o sancionadores, por ejemplo, existe otra mucha información que no se encuentra vinculada a estos procedimientos concretos pero que atañen a asuntos de gran interés público como son, por ejemplo, los relativos a la toma de decisiones para la ejecución de una determinada política, o los que están relacionados con temas en los que la propia Administración ha recopilado información para poder decidir en un asunto en concreto, o los concernientes a temas vinculados con cualquier otra labor realizada por los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones. Tal y como está redactada la ley actual la Administración podría ampararse en que la información que se pide no corresponde a ningún procedimiento y por ello, no puede facilitarse. Hasta ahora no hemos recibido ninguna respuesta en esta dirección pero cabe la posibilidad, igual que ocurre con el requisito de que la información se halle en un expediente, como hemos visto en el apartado anterior.

¹² Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, presentado el día 17 de Septiembre de 2008.

¹³ El veinte por ciento de lo que reciben las entidades de gestión en concepto de canon debe dedicarse a partes iguales a actividades o servicios de carácter asistencial para sus socios y a actividades de formación y promoción de todos los autores y artistas en general. Las entidades de gestión deben informar cada año al Ministerio sobre las actividades y servicios prestados, las cantidades dedicadas a los mismos y los beneficiarios.

PROBLEMA 3 →

EL EXPEDIENTE EN EL QUE SE ENCUENTRE LA INFORMACIÓN DEBE ESTAR TERMINADO PERO ¿CUÁNDO SE CONSIDERA TERMINADO? - LA LEY TAMPOCO LO DICE

La ley exige también que la información que se pida no solamente esté en un expediente sino que además éste corresponda a un procedimiento que esté terminado. El problema es que la ley no indica cuándo se entiende que el procedimiento ha finalizado. ¿Finaliza cuando la Administración correspondiente emite su decisión al respecto? ¿Finaliza cuando la Administración resuelve el recurso administrativo que se interponga contra su decisión? ¿Finaliza cuando se dicta sentencia firme y definitiva en el supuesto de que se recurra ante los tribunales? ¿Finaliza cuando acaba la ejecución de la sentencia? ¿Puede un expediente estar abierto indefinidamente? ¿Quién decide cuándo se ha finalizado el procedimiento? La ley no da respuesta a todas estas preguntas. Sólo la práctica diaria de cada administración, de cada departamento e incluso de cada funcionario podría contestar a estas preguntas. El problema es que la respuesta puede ser distinta dependiendo de a quién nos dirijamos.

Estos problemas de indefinición provocan situaciones como la que contamos en el **Caso 3**. Un ciudadano necesitaba información sobre los precios de alquiler que el Ministerio de Justicia paga por los inmuebles que tiene arrendados como arrendatario en la Comunidad de Madrid. Sin embargo, el Ministerio de Justicia rechazó proporcionar esa información porque los contratos se encontraban en expedientes no finalizados ya que los contratos se encuentran aún en vigor. Siguiendo este argumento los ciudadanos no podrían tener entonces acceso a ninguna información sobre contratos mientras éstos sigan vigentes, con lo que se está ocultando de la opinión pública cantidades inmensas de información que se hallan directamente relacionadas con el ejercicio de sus funciones por parte de la Administración. ¿No tienen derecho los ciudadanos a saber las condiciones principales de un contrato que están pagando con sus impuestos? Sin el acceso a información de interés público como ésta es muy difícil participar con conocimiento en la toma de decisiones y en el debate sobre la eficiencia de las autoridades en el manejo de los recursos públicos.

Caso 3: El Ministerio de Justicia se niega a facilitar información sobre los inmuebles que tiene arrendados, como arrendatario, en la Comunidad de Madrid. Alega que mientras los contratos estén en vigor no puede dar información sobre el importe de la renta.

Un ciudadano pidió al Ministerio de Justicia que se le facilitara un listado con las direcciones de todos los inmuebles que tenga arrendados, como arrendatario, en la Comunidad de Madrid, así como con el importe de la renta mensual que se abona por ellos. El Ministerio se negó a dar esta información alegando que se refería a documentos cuyo procedimiento permanecía abierto puesto que los contratos de arrendamiento no habían finalizado¹⁴.

Este tipo de respuesta implica que mientras un contrato esté en vigor y se siga renovando anualmente, la Administración no siente que tenga la obligación de informar sobre asuntos de tanto interés público como lo que se está pagando en concepto de renta. Quiere decir que, una vez firmado el contrato, sólo hay forma de controlar si el precio acordado con el arrendador es correcto y ajustado a los precios de mercado una vez que el contrato finalice. Dado que se alquilan inmuebles de gran tamaño para dar cabida a los funcionarios lo más probable es que se haya previsto un tiempo largo de duración que además sea prorrogable. Esto significa que no se podrá conocer cuánto paga el Ministerio por estos inmuebles en varios años. Este tipo de argumentos facilitan el oscurantismo sobre la actuación de la Administración y obstaculiza la fiscalización de la acción pública de funcionarios y gobernantes.

¹⁴ El Ministerio contestó: "dicha información se refiere a documentos que forman parte de expedientes cuyo procedimiento permanece abierto, puesto que la relación jurídica derivada del contrato de arrendamiento, en tanto no se extinga por el acuerdo de las partes o por la expiración de los plazos pactados y de sus prórrogas, continúa vigente."

2 → Sobre el Principio “**Toda la información pública es accesible**”

Salvo aquélla que esté cubierta por las excepciones previamente establecidas en la ley, siempre que no exista un interés público superior en conocer esa información.

El principio de publicidad implica que toda la información, cualquiera que sea, que esté en manos de los poderes públicos, debe ser accesible y entregarse a todo aquél que la solicite, siempre que no afecte de forma perjudicial, causando un daño innecesario, a ciertos intereses que se consideran dignos de protección, como por ejemplo, la seguridad nacional o la protección de la privacidad. Estos intereses especialmente protegidos deben establecerse expresamente por ley. A nivel internacional se los conoce como “excepciones” o “limitaciones” al acceso. Así, cuando el proporcionar el documento o información solicitados pueda dañar de forma innecesaria y gravemente alguno de esos intereses, la Administración podrá negarse a proporcionar la información, eso sí, siempre y cuando no exista un interés público superior en conocer esa información.

Este mecanismo funcionaría de la siguiente forma. El ciudadano presenta una solicitud a un organismo. Éste, al valorar si entrega la información, puede encontrar inicialmente que el hecho de darla puede perjudicar uno de los intereses incluidos en la ley como “excepciones” (nótese que estamos diciendo “perjudicar” y no únicamente “ser relativa a” o “afectar a”). Sin embargo, en esta primera fase la Administración no está todavía en disposición de dar una respuesta negativa a la solicitud aunque existan indicios de que a priori puede parecer que facilitar la información podría “perjudicar”, “dañar” alguno de esos intereses. Es necesario todavía que la Administración lleve a cabo el llamado “test de interés público” en una segunda fase. El organismo en cuestión debe valorar si el interés público en tener acceso a dicha información y en que la misma se conozca es superior a la protección del interés que podría resultar dañado.

En la regulación española actual del derecho de acceso en el artículo 37 de la ley de procedimiento administrativo se establecen una serie de “excepciones”¹⁵ que, si bien en general, aunque con algunos matices, están en línea con la legislación internacional, actúan de manera absoluta, sin que se prevea en la ley la aplicación del “test de interés público”. Esto quiere decir que en cuanto la información que se pide afecte a las materias indicadas en la ley se entiende que no puede facilitarse en ningún caso, sin que se tenga que evaluar la relevancia o no de ponerla a disposición del público. Este sistema que considera todas las excepciones como absolutas, de aplicación directa y sin previa evaluación, está en absoluta discordancia con la legislación internacional. Así, por ejemplo, en la versión actual del borrador de Convención del Consejo de Europa sobre acceso a documentos oficiales¹⁶ se recoge expresamente que las excepciones sólo serán de aplicación si se perjudica los intereses a los que protegen y siempre que no exista un interés público que justifique la divulgación de la información.

¹⁵ Artículo 37.4 de la Ley 30/92. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

Artículo 37.5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

- A) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.
- B) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.
- C) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.
- D) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.
- E) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

¹⁶La versión actual del borrador de la Convención del Consejo de Europa de acceso a documentos públicos u oficiales puede encontrarse en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1270487&Site=COE&BackColorInternet=DBCDF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>

Curiosamente en ninguno de los casos que estamos siguiendo la Administración ha utilizado las excepciones recogidas en la ley. No le ha hecho falta. La fórmula utilizada para definir el derecho de acceso en el artículo 37.1 de la ley de procedimiento administrativo es tan complicada y enrevesada que se basta por sí misma para evitar el acceso. La Administración no necesita, así, recurrir a las excepciones para no proporcionar los datos que se soliciten.

Los mecanismos que hemos explicado en los párrafos anteriores (la utilización únicamente de las excepciones recogidas expresamente en la norma, la valoración del daño al interés protegido y la prueba del interés público) aseguran que siempre que se trate de una información de interés público relevante ésta no quede al margen del escrutinio de los ciudadanos. Con estos mecanismos se evitan de este modo situaciones como la del **Caso 4** en el que el Ministerio del Interior no facilitó los datos del número de personas expulsadas de territorio español por considerar que “resulta desaconsejable proporcionar este tipo de información a particulares”. En ningún momento se contempla en la precaria regulación actual que el “resultar desaconsejable” pueda ser considerado como una posible limitación del derecho de acceso. La falta de una formación rigurosa de los funcionarios en transparencia y apertura de la Administración facilita que se den este tipo de respuestas. Resultan asombrosos e insólitos los términos utilizados por la Administración que utiliza un lenguaje paternalista a la hora de denegar el acceso. ¿Qué criterios se tienen en cuenta para decidir si algo es “aconsejable” o no? ¿Quién lo decide y en virtud de qué razones? Respuestas como éstas son inadmisibles en un Estado democrático de Derecho.

Caso 4: El Ministerio del Interior no facilita los datos sobre el número de personas expulsadas de territorio español por “ser desaconsejable proporcionar este tipo de información a particulares”.

A pesar de la sencillez de la pregunta, “¿cuántas personas han sido expulsadas de territorio español desde enero de 2007 hasta el 1 de Febrero de 2008?”, el Ministerio del Interior se negó a facilitar la información utilizando el insólito argumento de que es “desaconsejable” facilitar esa información a particulares.

Esta respuesta se encuentra fuera de lugar: primero, porque lo aconsejable o desaconsejable de proporcionar una información no es uno de los motivos recogidos en la legislación actual para denegar el acceso, y proviene, además, de una clara actitud paternalista; y segundo, porque el propio Ministerio del Interior había facilitado los datos correspondientes al primer semestre del año 2007 en su sitio web. Tras manifestarles este último hecho por escrito de nuevo el Ministerio del Interior volvió a negarse a facilitar la información, esta vez porque “los datos estadísticos del Ministerio del Interior no tienen carácter hasta que no hayan sido publicados en el Anuario Estadístico del Ministerio”. El Ministerio no explica, sin embargo, qué significa “no tener carácter”.

Poco después de presentar recurso administrativo en Julio de 2008 contra esta última respuesta, el solicitante recibió una carta informándole del link a los anuarios estadísticos del Ministerio del Interior en donde supuestamente se acababa de publicar el correspondiente al año 2007 y se podrían encontrar los datos solicitados. Sin embargo, al día de la fecha, el anuario sigue sin haberse publicado en el sitio web y no se han podido obtener la información. Todavía no se ha recibido ninguna respuesta específica al recurso.

Los mecanismos mencionados anteriormente impedirían también situaciones como la del **Caso 5**, en la que el Tribunal de Cuentas eludió dar acceso a los fondos documentales que posee sobre los campos de concentración de la Guerra Civil, alegando que el edificio donde se encuentran los originales y que se halla fuera de Madrid tiene deficiencias constructivas, y ocultando el hecho de que los fondos fueron digitalizados y son accesibles para los propios funcionarios en la sede misma del Tribunal en Madrid. Además el Tribunal de Cuentas no acreditó en ningún

modo la veracidad del argumento relativo a las deficiencias constructivas ni si éstas verdaderamente afectan a la zona donde estos documentos se hallaban archivados. Es curioso que al ciudadano siempre se le exija acreditar por qué necesita la información que solicita pero a la Administración nunca se le requiera que acredite la veracidad de los argumentos utilizados para denegar la información.

Caso 5: El Tribunal de Cuentas niega el acceso a los fondos documentales sobre campos de concentración y batallones de trabajo que existieron en varias provincias españolas.

Un investigador solicitó inicialmente a título individual y posteriormente también de forma colectiva con otros investigadores tener acceso directo a los fondos que el Tribunal de Cuentas posee sobre los campos de concentración y batallones de trabajo que existieron en varias provincias españolas. Inicialmente se denegó cualquier tipo de acceso alegando deficiencias constructivas del edificio en el que se encontraban los fondos que se halla fuera de Madrid.

Dado que el solicitante conocía que los fondos habían sido digitalizados y eran directamente accesibles desde la sede del propio Tribunal en Madrid, sin que las deficiencias constructivas que se alegaban por el Tribunal impidieran en ningún modo a sus funcionarios acceder a los fondos, era evidente que esta decisión suponía un claro incumplimiento de lo establecido en la nueva Ley de la Memoria Histórica¹⁷ en la que se reconoce el derecho de acceso a los fondos de los archivos públicos y privados que faciliten el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra Civil y la Dictadura así como del artículo 20 de la Constitución Española. Por ello, se interpuso recurso administrativo tras el cual y a pesar de que todavía no ha sido resuelto por el Departamento Legal del Tribunal, el solicitante recibió carta por la que se le permitía el acceso individual. Como también había solicitado el acceso de toda la comunidad de investigadores a esos fondos, se envió nueva carta recordando este hecho a la que se respondió por el Tribunal de Cuentas que el acceso se permitirá a todos los investigadores.

Otra cuestión muy importante que puede provocar problemas en la práctica es la redacción del artículo 37.7¹⁸ de la ley de procedimiento administrativo. En este artículo se señala que aquél que pretenda el acceso físico a una información debe indicar de forma individualizada los documentos a los que se refiere, y no se permite la formulación de solicitudes genéricas sobre una materia, dejando a la potestad de la Administración decidir, en caso de que reciba una de estas solicitudes genéricas, conceder el acceso o no. Este tipo de solicitudes amplias, generales, de acceso a un conjunto de documentos, sólo se admitirían cuando el solicitante fuese un investigador que acreditase un interés histórico, científico o cultural relevante.¹⁹

Aunque esta norma parece sólo pensada, en principio, para cuando el solicitante pretende ver directamente, en persona, un documento o conjunto de documentos relacionados con un tema, la forma en que está redactada puede originar y, de hecho, origina problemas de interpretación. En ocasiones la Administración lo emplea también en relación con solicitudes de información puras en las que se pide respuesta a una pregunta concreta sobre un tema específico y no el acceso al documento o documentos particulares donde esa información se encuentre. A veces ocurre que la Administración, frente a una solicitud de información en la que se hace una pregunta que puede contestarse simplemente con que un funcionario contraste varios documentos, se ampara en exigir a la persona que acredite su carácter de investigador para poder facilitarle la respuesta a la pregunta formulada. Así ocurrió en el Caso 1 en las solicitudes presentadas al Ministerio de Defensa, al que hemos hecho referencia anteriormente, en el que a pesar de que todas las preguntas eran concretas y contestables, se le requirió a la solicitante que fuera investigadora, en vez de proceder a la contestación de las preguntas.

¹⁷ Artículo 22 de la Ley 52/2007 de 26 de Diciembre

¹⁸ Art. 37.7. de la Ley 30/92: El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

¹⁹ Hay que notar que incluso no bastaría con acreditar que se es investigador sino que también debe probarse que la investigación es "relevante" y se deja al criterio de la Administración en cuestión el juicio sobre la relevancia de la investigación, juicio para el que el funcionario que deba responder no tiene por qué estar capacitado para hacerlo.

3

→ Sobre el principio “Sin un porqué ni un para qué”

Los solicitantes no tienen que explicar para qué quieren la información o qué uso van a dar a la misma.

Un elemento esencial del derecho de acceso a la información pública es que la persona que necesite algún tipo de información de un organismo público no tiene por qué explicar para qué desea los datos que solicita ni qué uso les va a dar. Esto simplemente es así porque en una sociedad democrática las administraciones y los poderes públicos se encuentran al servicio de los ciudadanos y como consecuencia directa de ello, éstos deben poder controlar, fiscalizar y estar informados sobre cómo las instituciones y administraciones públicas ejercen sus funciones y emplean los recursos públicos que se les tiene asignados.

Sin embargo, ésta no es la práctica habitual de la Administración. La redacción actual del artículo 37 de la ley de procedimiento administrativo es tan confusa e intrincada que resulta de difícil comprensión y aplicación hasta para los propios funcionarios. Esto, ligado a las graves consecuencias que el Código Penal reserva para aquellos empleados públicos que desvelen información indebidamente,²⁰ provoca que ante las dificultades de interpretación los funcionarios prefieran “curarse en salud” y preguntar para qué se necesita la información o si se está legitimado de algún modo para pedirla.

Como se puede ver en el **Caso 6** en el que el Consejo del Poder General Judicial negó inicialmente dar información sobre el número de magistrados a los que les abrió expediente disciplinario en el año 2007, la excusa inicial utilizada fue que el solicitante debía acreditar de algún modo cuál era la finalidad de su consulta y si se encontraba legitimado para ello. En otro caso ante la Consejería de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid, a la que se le pidió información sobre el Programa Emprendedores, la Administración también requirió al solicitante que explicara si era parte interesada o afectada por algún procedimiento. El “estar legitimado” y el fin con el que se solicita la información aparecen como factores determinantes de la Administración para que dé la información o no.

En el seguimiento de varias de las solicitudes hemos realizado distintas llamadas telefónicas para saber en qué situación se encontraba la solicitud presentada y la reacción normal de la mayoría de los funcionarios ante el tipo de preguntas que se estaban haciendo a la Administración era comentar: “pero ¿para qué quiere esa información?” Y en reiteradas ocasiones se nos ha contestado que “esa información no se da a particulares”, sin explicarnos los motivos para ello, fueran legales o no. O incluso se nos ha llegado decir: “Pero ¿pueden pedir esa información personas normales?”. El por qué y el para qué son costumbre y tradición dentro de la cultura de la Administración española, y están tan fuertemente arraigados que sólo un cambio de legislación impulsado por un fuerte liderazgo político, capaz de impulsar un cambio radical de actitudes dentro de las instituciones, podría suponer una metamorfosis real de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

²⁰ El Código Penal reserva dos capítulos a delitos relacionados con la revelación de información: Capítulo IV del Título XIX - artículos 413 a 418 - relativos a la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos en el ámbito de los delitos contra la administración pública. Capítulo I del Título X - Artículos 197 a 201 - relativo al descubrimiento y revelación de secretos en el ámbito de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

Caso 6: El Consejo General del Poder Judicial se niega a dar información sobre el número de magistrados a los que se les abrió expediente disciplinario en el año 2007. Le exige al solicitante acreditar su legitimación para solicitar la información y la finalidad para la que necesita esos datos.

Un ciudadano planteó esta sencilla pregunta al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ): ¿a cuántos magistrados se les ha abierto expediente disciplinario en el año 2007? Sin embargo, el CGPJ le contestó que debía o bien acreditar si pedía esa información por haber presentado una denuncia contra algún magistrado o bien explicar para qué necesitaba esos datos, con el fin de saber si estaba legitimado para solicitar esa información²¹.

El solicitante no había pedido ni el nombre de los magistrados expedientados ni los motivos por los que estaban siendo investigados. Únicamente se solicitaba un simple número. Con todo, aún para demandar este tipo de información sencilla en España se exige “estar legitimado”, “tener un interés”, “explicar la finalidad para la que se necesita los datos”.

Tras enviar carta en la que se explicaba al CGPJ que el artículo 20 de la Constitución Española reconoce el derecho fundamental a recibir información, que debe ser interpretado de acuerdo con las Convenciones internacionales ratificadas por España, el CGPJ contestó sucintamente dos meses después de la solicitud: “durante el año 2007 se incoaron un total de 41 expedientes disciplinarios”. Se podría haber dado esta respuesta mucho antes, lo que habría ahorrado a este ciudadano no solamente tiempo sino también la carga de presentar nueva carta con argumentos jurídicos para fundamentar su derecho a obtener esta información.

4 → Sobre el Principio “Respuesta clara y rápida de la Administración”

La ley española no establece un plazo máximo específico para que la Administración responda a las solicitudes de información. Tampoco señala expresamente que la Administración esté obligada a responder en estos casos específicamente. Es cierto que la legislación actual establece la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todo caso, pero, tal y como está redactado en la ley, parece un deber limitado a lo que se considere “un procedimiento”. De hecho, es lo que podría deducirse de la actuación de la Administración en las solicitudes de las que estamos haciendo el seguimiento. Da la impresión de que a los ojos de la Administración las solicitudes de información no inician “procedimientos” y en consecuencia, no tienen el deber de responder. Si se considera que la solicitud de información da lugar al inicio de un procedimiento, la ley establece que la Administración debería decidir al respecto en un plazo máximo de tres meses.²²

Al igual que en el **Caso 7** el 35% de las solicitudes en seguimiento recibieron la llamada por respuesta, habiéndose superado con creces el plazo de tres meses. Además y como ocurrió con todas las demás solicitudes, en esos casos de silencio administrativo los solicitantes tampoco recibieron ninguna carta de la Administración al menos acusando recibo de los escritos de los solicitantes.²³ Por supuesto, al no enviar estas cartas de acuse de recibo tampoco se le informa al solicitante sobre el tiempo en el que puede esperar una respuesta, y los pasos que puede seguir en el supuesto de que no reciba ninguna contestación o la respuesta no se adecúe a lo solicitado, cuando, sin embargo, la

²¹ La respuesta del Consejo General del Poder Judicial fue: el solicitante “deberá acreditar si actúa por haber sido denunciante o, en otro caso, a los efectos de precisar la legitimación jurídica que debe ostentar, precisar cuál es la finalidad para la que necesita los datos interesados.”

²² Art. 42 Ley 30/92 Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común

²³ Todas las solicitudes incluidas en este seguimiento fueron enviadas por carta con acuse de recibo, por lo que tenemos constancia de la fecha de recepción de las mismas por las distintas Administraciones. Sin embargo, si se hubieran enviado por correo simple, como comúnmente hacen los ciudadanos, no tendríamos certeza de que las hubieran recibido ni de la fecha de recepción, datos necesarios para la interposición de un recurso en caso de silencio administrativo.

propia ley establece que la Administración está obligada a dar esta información,²⁴ siempre y cuando considere que se encuentra ante un procedimiento. El ciudadano se encuentra así completamente indefenso y desinformado ante la inacción de la Administración. En el supuesto de que la información sea de vital importancia para él no le quedará más remedio que dirigirse a un abogado que pueda interpretar la ley de procedimiento administrativo que no está redactada precisamente para la comprensión de una persona sin formación legal, y a veces ni siquiera para un jurista.

Caso 7: Silencio del Ministro de Justicia: ninguna información sobre el desarrollo legislativo en España del Convenio de la OCDE²⁵ para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales²⁶ y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.²⁷

En este caso Access Info Europe solicitó al Ministerio de Justicia información sobre el desarrollo legislativo derivado de la adhesión a ambos Convenios. Entre otras cosas, se le pidió que nos informara, sobre las medidas tomadas para establecer la responsabilidad de las empresas españolas por corrupción o soborno de funcionarios públicos extranjeros en el marco de transacciones internacionales. También se solicitó que se nos indicara cuál es el órgano encargado de prevenir la corrupción cometida por personas y entidades españolas, privadas y públicas y qué recursos se le han asignado. Igualmente se demandó información sobre las medidas tomadas para que la Fiscalía anticorrupción no sólo se ocupe de la lucha contra la corrupción interna o cometida en territorio nacional sino también de los actos de soborno y corrupción cometidos por personas y entidades jurídicas españolas en el extranjero.

El Ministro de Justicia no contestó a ninguna de nuestras preguntas por lo que nos vimos obligados a interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para obtener, en su caso, la información que buscamos.²⁸

Este ejemplo es característico de lo que sucede en España cuando alguien quiere saber en qué estado se encuentra bien la implementación de un Convenio Internacional firmado por España o bien cuando se sabe que el Gobierno tiene la intención de impulsar un proyecto de ley sobre una materia y se quiere conocer quién es el encargado del asunto dentro del correspondiente Ministerio y sobre qué texto borrador inicial se está trabajando. Incluso los propios parlamentarios del partido que se encuentra en el Gobierno tienen dificultades para saber quién se encargará y en qué situación se encuentra el asunto. Hemos podido constatar este problema en varias ocasiones, siendo un ejemplo sobresaliente lo que ocurre con la propia ley de acceso a la información pública. No hay forma de conocer todos estos datos ni de saber si se ha dado algún paso al respecto. Nadie informa al respecto.

La media temporal de respuesta a las solicitudes en seguimiento está en 38 días naturales, aunque al ser una media esto incluye también alguna solicitud que tardó 6 meses en recibir respuesta y solamente después de que se realizara una llamada telefónica. Esta media no tiene en cuenta el 35 % de solicitudes que no recibieron ninguna respuesta en absoluto. En un estudio realizado a nivel internacional²⁹ se observó que la media del plazo establecido por las leyes de acceso a la información de 47 países para responder a las solicitudes se encuentra en 15 días hábiles.³⁰ Tan sólo siete

²⁴ Art. 42.4 Segundo párrafo - Ley 30/92 Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común: "En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente."

²⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - <http://www.oecd.org/>

²⁶ El Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 17 de Diciembre de 1997 fue ratificado por España el 3 de enero de 2000 y entró en vigor el 4 de marzo de dicho año (BOE de 22 de Febrero de 2002).

²⁷ La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de Octubre de 2003 fue firmada por España el 16 de septiembre de 2005. España depositó su instrumento de ratificación el 19 de junio de 2006, y entró en vigor el 19 de Julio de 2006 (BOE de 19 de Julio).

²⁸ Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional interpuesto en Marzo de 2008. En este mes de Septiembre se nos ha dado traslado para que formalicemos la demanda. Mientras tanto no hemos recibido ninguna comunicación del Ministerio sobre nuestra solicitud.

²⁹ Open Society Justice Initiative, "Transparencia & Silencio. Encuesta sobre leyes y prácticas del acceso a la información en catorce países", Nueva York, 2006.

³⁰ O 21 días naturales. Como se indica en el informe "Transparencia & Silencio", op.cit. en la nota anterior, en la nota 7 al pie de la página 198, "El Justice Initiative revisó los plazos en 47 leyes en el mundo. De éstas, 24 tenían plazos medidos en días hábiles (con un promedio de 13,35 días hábiles) y 23

de las respuestas recibidas en nuestro seguimiento lo fueron antes de ese plazo de tiempo. Al presentar las solicitudes en todas ellas se incluyó el correo electrónico del solicitante y la petición expresa de que se le respondiera por email. Aunque no siempre la Administración respetó esta petición, hemos podido constatar que en aquellos casos en que se respondió por correo electrónico los plazos de respuesta fueron mucho más cortos. Esto parece indicar que la implementación de la Administración electrónica ayudará a acortar los tiempos de contestación, eso sí, siempre y cuando se introduzca asimismo la obligación legal de la Administración de contestar en un plazo adecuado y en consonancia con la legislación internacional.

5 → Sobre el Principio “Todas las personas tienen derecho a solicitar y recibir información”

La legislación actual reconoce únicamente el derecho de acceso a los ciudadanos y no a todas las personas. Aunque en la práctica no hemos encontrado ningún caso hasta ahora en el que se haya denegado información a solicitantes extranjeros³¹ sería necesario y conveniente modificar la normativa española para adecuarla a la legislación internacional. La consideración del derecho de acceso a la información pública como derecho humano explica su reconocimiento a todas las personas con independencia de su nacionalidad o situación legal en un país.

Toda nueva regulación del derecho de acceso en España debería incorporar este cambio para adecuarlo a la realidad social de este país. En la Convención del Consejo de Europa sobre acceso a documentos oficiales que hemos citado anteriormente se recoge como principio que toda persona, sin discriminación de ningún tipo, debe tener el derecho de acceso a la información pública. Si en un futuro España desea ratificar esta Convención deberá cambiar la actual limitación relativa a los ciudadanos.³²

El principio de que todas las personas tienen el derecho de acceso implica a su vez que no cabe ningún trato de favor a ningún colectivo en especial. Supone que todos los individuos por el mero hecho de vivir en un estado democrático y participativo tienen derecho a poder solicitar información pública, sin que se le exija ningún estatus en especial. Sin embargo, en España la legislación y la práctica actual mantiene un trato especial para investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, a los que se les permite el acceso directo a la consulta de los expedientes, hecho que no se facilita a ningún particular que simplemente quiera informarse sobre un tema concreto para participar de manera informada en sociedad.³³ Un ejemplo de esto lo encontramos en el Caso 1 en el que el Ministerio de Defensa en el Caso 1, al negarse a contestar las cuatro solicitudes presentadas por considerar que no constituía materia propia de la información que se facilita a los ciudadanos, comunicó al solicitante, sin embargo, que en caso de que tuviera un interés científico o investigador se pusiera en contacto con el Centro de Documentación del Ministerio³⁴. Como hemos mencionado anteriormente, es principio primordial del derecho de acceso el que todas las personas, sin discriminación por razón de profesión, nacionalidad o cualquier otro motivo, puedan solicitar y recibir información en poder de las instituciones públicas. Se considera que el hecho de ser investigador o periodista no confiere ningún privilegio especial, puesto que toda persona tiene derecho a participar en la vida política de un país en igualdad de condiciones y con conocimiento informado.

tenían plazos medidos en días calendario (con un promedio de 20,86 días calendario, que se recalcularon como 14,9 días hábiles); el promedio ponderado de estos dos totales da una cifra de 14,13 días hábiles. Es decir, las autoridades públicas del mundo tienen en promedio 15 días hábiles o 3 semanas para responder a las solicitudes.”

³¹ Hasta ahora todas las solicitudes de las que se está haciendo el seguimiento han sido realizadas o por españoles o por extranjeros comunitarios.

³² Art. 2 de la Convención del Consejo de Europa sobre acceso a documentos oficiales – en redacción a la actualidad. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1270487&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>

³³ Art. 37.7. de la Ley 30/92: El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

³⁴ Aunque siguió sin especificar si se le respondería a las solicitudes presentadas o no. Simplemente se le remitió a otro Centro en el caso de ser investigador con lo que se evitó la respuesta a las preguntas formuladas.

6 → Sobre el Principio “Todo el proceso para solicitar información pública debe ser sencillo y la Administración debe informar sobre él”

La Administración debe explicar de forma clara y sencilla a los ciudadanos todas las fases del proceso para solicitar información y para recurrir la respuesta o la falta de contestación de la Administración en su caso.

La actual regulación del derecho de acceso no parece estar pensada para facilitar el conocimiento de los asuntos públicos. Una vez que se inicia todo el proceso presentando una solicitud por escrito la historia de los obstáculos contra el solicitante comienza. La normativa española parece concebida como un combate en el que la Administración debe defender la información que posee, siempre y de forma férrea, frente a aquéllos que osan pedirla. Tan sólo aquel que haya presentado alguna vez una petición de información a algún organismo público sabe las innumerables barreras que se encuentra por el camino.

Una vez se presenta la solicitud ante la administración en cuestión comienza el calvario. Si el solicitante no ha presentado su escrito en persona para que se lo sellen, o no lo ha enviado por correo certificado con acuse de recibo, nunca sabrá si la solicitud ha llegado. La Administración nunca acusa recibo del escrito ni informa de los pasos a seguir en el supuesto de que no conteste en el plazo legal establecido. De este modo el solicitante lo único que sabe es que ha estado esperando durante meses y no sabe si recibirá alguna respuesta en algún momento.

Pero supongamos que este solicitante tiene algún conocimiento sobre el procedimiento administrativo y sabe que debe esperar tres meses. ¿Qué pasa a continuación?

Pues bien, si recibe respuesta de la Administración y no está satisfecho con el contenido de la misma podrá interponer recurso administrativo. Pero ¿y si no la recibe? Según la ley podrá optar entre un recurso ante la propia Administración o ante los Tribunales de Justicia. Dado el atasco de los juzgados y tribunales y lo complicado del procedimiento judicial³⁵, difícil de desenmarañar incluso hasta para un abogado, preferirá presentar un recurso ante la Administración. ¿Pero ante quién debe presentarlo? La mayoría de las solicitudes se hacen de forma genérica a la institución tomada como un todo y no al departamento concreto que tomará la decisión al respecto porque el ciudadano no tiene obligación de conocer todos los vericuetos internos de la toma de decisión de la Administración y no sabe cuál será el órgano encargado. Dependiendo de si se trata de un recurso de reposición o de alzada el órgano ante el que se presente será distinto y el plazo para responder que tendrá la Administración también es distinto. Pero si falta la información esencial sobre el órgano que decidirá es difícil saber qué hacer. Como prometimos no meternos en discusiones académicas lo dejaremos aquí, pero sirva como botón de muestra de la complejidad del procedimiento. En una futura regulación del derecho de acceso todo el sistema de recursos debería simplificarse con el objetivo de facilitar el acceso rápido a la información y para que el ciudadano pueda ver una voluntad clara de la Administración de estar a su servicio.

Otro asunto importante a este respecto es la interpretación que debe darse al silencio de la Administración cuando se trata de una solicitud de información. La ley establece que, como principio general, el silencio administrativo debe entenderse siempre como positivo, es decir, que se debe considerar que la solicitud ha sido estimada. Pero esta norma es de difícil interpretación en el caso de las solicitudes de información. Si la Administración no te contesta ni

³⁵ Se necesita, como mínimo, abogado en todos los casos para interponer la demanda.

te da la información sobre, por ejemplo, el número de kilómetros de carril bici en la ciudad de Madrid³⁶, aunque se considere el hecho de su silencio como una acción otorgante de la información, este silencio se encuentra vacío de contenido y no ayuda en absoluto a la persona que necesita esos datos a saber cuántos kilómetros hay. En los casos relativos al derecho de petición³⁷ el silencio se considera negativo, es decir, que se entiende que la petición se desestima. Pero las solicitudes de información no se han considerado hasta ahora como ejemplos de este derecho y por tanto, el solicitante ante la intrincada redacción de la ley no sabe a qué atenerse. ¿Presento recurso o presento más bien escrito en el que se diga que entiendo que su silencio implica que la Administración me va a dar la información espero que lo hagan en el plazo más breve posible y me arriesgo a que se pase el plazo para recurrir?

A pesar de que por ley la Administración está obligada a publicar y mantener actualizada información sobre todos los procedimientos que tramitan y los plazos de duración de los mismos y sobre los efectos del silencio administrativo³⁸, en los sitios web de las instituciones consultadas no se encuentra esta información. Y aún menos cuando se trata de “información sobre cómo solicitar información”, valga la redundancia. En España no existe la costumbre en la Administración de que ésta informe por su propia iniciativa, y con un lenguaje sencillo y fácilmente entendible, sobre el procedimiento para pedir información, los plazos para que responda la Administración y los pasos que el solicitante debe seguir en caso de que no reciba respuesta o no sea correcta la que reciba. No hemos encontrado información disponible sobre todas las fases del proceso para solicitar información en ninguno de los sitios web de las instituciones en las que se ha presentado solicitud. Una Administración verdaderamente preocupada por la cercanía al ciudadano y la transparencia de su actuación debe poner a disposición de todos los mecanismos necesarios que faciliten el conocimiento de sus acciones. Para evitar situaciones kafkianas como la del **Caso 8** - en el que la Alcaldía de Madrid, en un caso sin precedentes, rehúsa y devuelve sin abrir una carta que incluía un recurso de alzada -, no basta con facilitar formularios electrónicos para presentar la solicitud, como es cierto que hace el Ayuntamiento de Madrid, sino que es necesario un compromiso fuerte y claro de transparencia y apertura de la Administración con sus ciudadanos por el que se obligue a contestar sus solicitudes, a proporcionar la información que buscan y a explicar cómo funciona todo el proceso desde el principio hasta el final.

Caso 8: La Alcaldía de Madrid rehúsa, sin abrir, la correspondencia que se le envía, incluidos los recursos de alzada.

El solicitante pidió que se le informara sobre el coste de la inserción de la felicitación del Ayuntamiento de Madrid al Rey por su setenta cumpleaños en el periódico El País en el mes de Diciembre de 2007. El ayuntamiento no contestó por lo que se interpuso recurso de alzada y se envió certificado y con acuse de recibo a la dirección que aparece en su sitio web como la dirección de la Alcaldía de Madrid (Plaza de Cibeles, nº 1 en Madrid). A los pocos días el solicitante recibió el acuse de recibo devuelto y el sobre enviado con su recurso de alzada sin abrir. Como causa de la devolución se indicaba: “Rehusado”.

Resulta insólito que una carta enviada a una administración pública resulte rehusada. Esto equivale a ir a una ventanilla pública y que la cierren ante la cara perpleja del ciudadano que se acerque aunque no sea la hora de cerrar. Con independencia de que exista una oficina de Registro o no en una dependencia municipal la Administración está obligada a remitir la correspondencia que reciba al órgano que sea el competente para resolver y no puede negarse a recibir su correspondencia.

³⁶ En el caso en concreto se le pidió al Ayuntamiento de Madrid que informara sobre el número de kilómetros de carril bici que existen hoy en día en el área metropolitana de Madrid, el porcentaje de estos kilómetros que se encuentran dentro del área circundada por la M-30 y los planes específicos que tiene el Ayuntamiento para construir más carriles-bici durante los años 2008-2010.

³⁷ El derecho de petición se encuentra recogido en la Constitución Española en el artículo 29 y regulado en la Ley Orgánica 4/2001 de 12 de Noviembre. Este derecho supone que cualquier persona natural o jurídica puede dirigir una petición a la Administración. En la exposición de motivos de esta última se señala que las peticiones podrán incorporar “una sugerencia, una iniciativa, una información, expresar quejas o súplicas”. Está todavía por determinar en Derecho español si podría entenderse que el derecho de acceso a la información vendría amparado bajo la regulación del derecho de petición.

³⁸ Artículo 42.4 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El derecho de acceso a la información pública no está reconocido de forma plena en España. A nivel internacional se considera que este derecho es instrumento esencial y necesario para que la transparencia no sea tan sólo una reivindicación retórica de los políticos sino un verdadero pilar del sistema democrático. En España, a pesar de las continuas alusiones de todos los partidos políticos a la transparencia, ya se hallen en el Gobierno o en la oposición,³⁹ el derecho de acceso a la información pública sigue siendo un gran desconocido no solamente entre los ciudadanos en general sino también entre los mismos políticos y los periodistas. A lo largo de este informe hemos ido dando ejemplos de las principales carencias de la legislación actual así como de distintas actitudes y comportamientos anómalos de la Administración que vienen amparados, la mayoría de las veces, en la confusa y complicada legislación actual y reforzados por la tradición oscurantista prevalente en la Administración que se encuentra anclada en actitudes paternalistas y proclives a la opacidad.

Conclusiones

Tras el análisis de los casos en seguimiento en el último año, podemos concluir que aquellos principios básicos del derecho de acceso que hemos analizados en nuestro informe y que nos han servido para articularlo, no se respetan plenamente en España:

- No existe una declaración firme del principio de publicidad;
- No se considera que toda la información en manos de todas las administraciones y de los poderes públicos deba ser accesible a cualquiera que lo solicite;
- En la precaria regulación del derecho de acceso en España éste sólo se reconoce a los ciudadanos;
- Se exige explicar el por qué y el para qué se quiere la información;
- No se responde como regla general a las solicitudes. Unas veces porque simplemente la Administración no contesta o no se ve en la obligación de contestar. Otras veces porque se niega a dar la información basando su respuesta, en unas ocasiones en argumentos sin fundamento legal y en otras, utilizando la mala redacción de la legislación existente con el fin de rehuir proporcionar lo que se solicita;
- No se informa a los ciudadanos convenientemente sobre el proceso para solicitar información, los plazos de respuesta y las vías de recurso posible.

Recomendaciones

La recomendación principal sería que se aprobara en España una ley específica de acceso a la información que tuviera en cuenta los estándares y principios internacionales del derecho de acceso. Esta ley debería ser la oportunidad para cambiar aquellos aspectos que no funcionan en la actual normativa y para impulsar un cambio de cultura en la Administración. Los puntos a reformar van más allá de los enunciados en este informe, pero en aras de una mejor lectura y comprensión del presente estudio nos hemos concentrado en los relacionados con los casos que hemos llevado hasta ahora. Los que no hemos reflejado en el presente análisis los trataremos posteriormente en nuestro siguiente informe. En relación con los aspectos tratados en este informe la ley de acceso a la información pública debería respetar, entre otros, los siguientes estándares:

- El principio general debe ser el principio de publicidad que no debe verse restringido por conceptos anquilosados como el de expediente o procedimiento, que ni siquiera son debidamente explicados por la ley;

³⁹ Véase el blog de Transparencia España (<http://transparenciadespana.wordpress.com/>), repositorio de noticias y artículos relativos a la transparencia y acceso a la información pública en España. En él se puede ver cómo tanto unos como otros en todo el espectro político reclaman transparencia cuando se encuentran en la oposición ya sea a nivel estatal, autonómico o local.

- Cualquier persona y no solamente los ciudadanos pueden solicitar y recibir información en poder de cualquier poder público, sin tener que explicar para qué necesita la información o qué uso va a darle, y sin que tenga que acreditar ningún tipo de legitimación para ello. Tampoco deben otorgarse privilegios distintivos para el acceso en función de la profesión o del estatus del solicitante;
- La Administración debe responder a todas las solicitudes de información que se le presenten. La falta de respuesta es inadmisibles. Pero no solamente debe responder sino que debe hacerlo con un lenguaje claro y sencillo, en un plazo breve y adaptado a los tiempos en los que nos encontramos. Las nuevas tecnologías deben acelerar y agilizar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, pero el hecho de que todavía no se hayan implementado en su totalidad no puede ser óbice para que los organismos públicos contesten en un plazo acorde con la legislación internacional. Tres meses, que a veces son más y si es que hay respuesta, son inaceptables frente a los quince días que vienen siendo los habituales;
- La Administración debe informar sobre el proceso para solicitar información, sus mecanismos y las distintas fases, los plazos de respuesta y los posibles recursos que cualquier solicitante podrá interponer si no recibe contestación o si a pesar de haberla recibido se le deniega o la información que se le da no es completa o es incorrecta o no se adecúa a lo solicitado. La Administración debe adoptar una postura de servicio enmarcada en un espíritu de apertura, accesibilidad y transparencia real.

En consonancia con la situación internacional y en el contexto europeo, donde sólo hay cuatro países⁴⁰ que no tienen una ley de acceso a la información, España necesita una ley específica que reconozca plenamente este derecho y dé respuesta a todas estas carencias, y que se convierta en pieza fundamental de una verdadera voluntad política de introducir la transparencia como principio inspirador de la actuación de todos los poderes públicos.

⁴⁰ Estos países son: Grecia, Luxemburgo, Chipre y España. Malta está tramitando actualmente en el Parlamento la que será su futura Freedom of Information Act.