

El Anteproyecto presenta importantes y valiosas aportaciones que no se analizan en este escrito. Si que se exponen las siguientes cuestiones jurídicas referidas a la técnica legislativa que deberán completarse con otras observaciones sobre conveniencia política.

1. Defectuosa estructura Anteproyecto que se estructura en dos Títulos: el primero se dedica a la Transparencia y el segundo al Buen Gobierno.
 - Sería más correcto que la materia referida al Buen Gobierno se regulara en una norma propia, ya que su vinculación con la transparencia es escasa: un deber ético (art. 23.2.1) y un deber de actuación (23.2.7). Existen más referencias en este título segundo a la reserva, a la publicación indebida de información, negligencia en la custodia de secretos, no guardar el sigilo... que a la transparencia.
 - El derecho de acceso a la información pública debería tener entidad suficiente para desarrollarse en un título dentro de la Ley, no como un capítulo derivado del Título I dedicado a la Transparencia de la Actividad Pública.
2. Incorrecta subordinación del derecho de acceso a la información pública a la transparencia. Esa subordinación se deduce no solo de la estructura del Título I, también de cómo está redactado el artículo 1. El derecho de acceso se configura como un derecho administrativo derivado de la transparencia, cuando lo correcto sería lo contrario, derivar la transparencia de los poderes públicos porque las personas tienen derecho a la información pública.
3. Vinculación incorrecta del derecho de acceso a la información pública al artículo 105 b) de la CE (tal y como se realiza en el artículo 8 del Anteproyecto):
 - a. El artículo 105 se encuentra en el Título IV de la CE (“Del Gobierno y de la Administración”), cuando los sujetos obligados según el artículo 2 del Anteproyecto exceden del Gobierno y la Administración. Dicho precepto se queda “corto” para algunas de las normas del Anteproyecto.
 - b. Porque el acceso a los archivos y registros es conceptualmente diferente que el acceso a la información pública.
4. Falta una referencia explícita y clara a que se trata de un derecho fundamental que es posible –y deseable- anclar en el artículo 20 de la CE.
 - a. Porque dicho precepto ha de ser interpretado a partir de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2 CE). Todas ellas vinculan el acceso a la información con la libertad de información:
 - i. Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19) que se refiere a la facultad de investigar.
 - ii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19) incluye la facultad de buscar. “*El párrafo 2 del artículo 19 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos*” (Comité de Derechos Humanos -102º período de sesiones Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011 Observación general Nº 34 -Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión -punto número 18)¹
 - iii. Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 10). El TEDH en los casos *Társaság a*

¹ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>

- Szabadságjogokért v. Hungary* (App no 37374/05)², ECHR, 14 April 2009, parágrafo 36 y *Kenedi v. Hungary* (Appl. no. 31475/05)
- iv. Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica 1969) y la sentencia de la Corte Interamericana de 19 septiembre 2006 en el caso *Claude Reyes v. Chile: En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención [equivalente al artículo 10 del CEPDH, al 19 DUDH]), al estipular expresamente los derechos a «buscar» y a «recibir» «informaciones», protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado...* (parágrafo 77).
- v. Convenio de Tromsø del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos³.
- b. Porque la dimensión pública de las libertades informativas que se encuentran en el artículo 20 vienen a defender la existencia de una comunicación pública libre, esencial para que exista una auténtica opinión pública libre que es el fundamento de una sociedad democrática. El derecho de acceso presenta también esa dimensión pública. Si se busca la participación y colaboración de los ciudadanos es necesario que previamente exista acceso a la información pública.
- c. Porque es posible desarrollar los derechos fundamentales más allá de la formulación constitucional, asunto imprescindible en una constitución sumamente rígida como la española. Más que referirnos a una mutación constitucional deberíamos hablar de adaptación constitucional⁴. Ello se defiende porque el catálogo de derechos fundamentales ni está cerrado, ni es estático⁵.
- d. Porque ya se han configurado derechos fundamentales que no aparecen expresamente en el texto constitucional, bien por la vía de la jurisprudencia constitucional (el derecho a crear medios de comunicación) como por el desarrollo legislativo (derecho a la protección de datos personales)⁶.

² <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=849278&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

³ En el preámbulo: *Teniendo en cuenta, en particular, el artículo 19 del Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 6, 8 y 10 del Convenio [Europeo] para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública en la toma de decisiones y el Acceso a la Justicia en los temas Medio Ambientales (Aarhus, 25 de junio de 1998) y el Convenio para la Protección de Individuos con respecto al Proceso Automatizado de Datos Personales del 28 de enero de 1981 (Nº de ETS. 108)*. <http://www.derecom.com/numeros/pdf/convenio.pdf>

⁴ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: **Nuevos horizontes para el constitucionalismo del siglo XXI** en Galeana, Patricia (coordinadora) y otros: "El constitucionalismo mexicano. Influencia continentales y trasatlánticas" Edt. Siglo XXI. Senado de la República Mexicana. México, 2010. Páginas 371-382.

⁵ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel y otros: **El Derecho de Acceso a la Información Pública** Edersa. Madrid, 2008. <http://eprints.ucm.es/8946/>

⁶ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: **Transparencia y derecho de acceso a la información: ni tanto monta, ni tanto da** en *Ciberlaw Clinic* <http://cyberlaw.ucm.es/home/25-manuel-sanchez-de-diego/164-transparencia-y-derecho-de-acceso-a-la-informacion-ni-tanto-monta-ni-tanto-da>. 2012

5. Existen algunas incorrecciones desde el punto de vista técnico.
- a. Cuando se define que es información pública (artículo 9) se incluyen los límites al derecho de acceso y no debería hacerse así. Parece claro que hay información pública que afecta a la seguridad nacional, las relaciones exteriores, la seguridad pública.... Esa información tiene el carácter de información pública aunque no esté al alcance de cualquier persona. Se trataría de trasladar dichas limitaciones al artículo 10.
 - b. La información que afecta a la “...sanción de los ilícitos penales...” como excepción del artículo 9 entraría en contradicción con el artículo 120 CE que se refiere a “las sentencias serán siempre motivadas y que se pronunciarán en audiencia pública”, y con el proceso público como garantía, recogido en el 24 CE⁷.
 - c. En algunos casos extraña la inclusión de algún límite del artículo 10:
 - i. si es información amparada por el secreto profesional ¿por qué se encuentra en manos de los poderes públicos? ¿o es que se va a configurar un secreto profesional dentro de la Administraciones Públicas?
 - ii. ¿no se protege mejor el medio ambiente poniendo la información a disposición del público? Sería sumamente enrevesado buscar algún ejemplo en que pudiera funcionar como límite: ¿dar a conocer los lugares en donde se alimenta a especies en peligro de extinción?
 - d. Una reflexión propia merecería las llamadas excepciones que aparecen en el artículo 13. ¿Por qué no se incluyen dentro de los límites? Los tres supuestos que se incluyen (información en elaboración, auxiliar o que necesita reelaboración) deberían tener un tratamiento temporal propio.
 - e. La interacción entre el derecho de acceso a la información pública y derecho a la protección de datos presenta a nuestro juicio las siguientes observaciones:
 - i. Es necesario que el derecho de acceso tenga naturaleza de derecho fundamental para que pueda ser ponderado adecuadamente cuando se alegue la protección de datos personales (véase lo dicho en el punto 4).
 - ii. En todo caso la limitación cuasi absoluta del artículo 11.2 cuando se refiere a datos especialmente protegidos (determinados en el artículo 7 de la LOPD) debería atenuarse.

⁷ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: **El Secreto Judicial** en Bel Mallen, Ignacio (eds.) y otros: “Derecho de la Información”. Ariel. Barcelona, 2003. Páginas 365-396.

- iii. En todo caso el acceso parcial o el acceso a los datos después de un proceso de disociación (véase el artículo 5 del Reglamento 1720/2007) debería ser la norma general de acceso, salvo que expresamente se soliciten los datos personales, en cuyo caso se aplicaría el artículo 11.
 - f. En general, tanto para los límites reseñados en el artículo 9, los establecidos en el 10, el límite de la protección de datos del artículo 11 y las llamadas excepciones del artículo 13 deberían recibir un tratamiento más homogéneo.
6. No existe en el Anteproyecto un órgano independiente que realice funciones de Agencia de Acceso a la Información Pública, al estilo del IFAI mexicano. El órgano administrativo dependiente del Gobierno previsto en el Anteproyecto es claramente insuficiente e incluso inconveniente para la implantación y desarrollo del Derecho de Acceso a la Información Pública y la Transparencia de los poderes públicos.