



**Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación**

**COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOLA
DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**

Encargado por la Oficina del Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación a Eduardo Bertoni, Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE, www.palermo.edu/cele), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo en Argentina, Relator Especial para la Libertad de Expresión en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, de 2002 a 2005

Abril de 2012

Índice

	<u>Página</u>
I. Introducción y resumen general	1
II. El acceso a la información, un derecho fundamental	2
III. Ámbito de aplicación: el derecho de acceso debe aplicarse a todos los organismos públicos	4
IV. Publicidad activa	5
V. Definición de información y el principio de “máxima divulgación”	6
VI. Las excepciones al derecho de acceso deben quedar establecidas por ley y ser claras y específicas	7
VII. Debe existir la posibilidad de solicitar información de manera anónima y sin revelar los motivos de la solicitud	9
VIII. Los mecanismos de supervisión y recurso deben estar claramente definidos e incluir órganos independientes de supervisión	10
IX. La importancia de imponer sanciones específicas a quienes obstaculicen el acceso a la información	12
X. En caso de discrepancias o conflicto de normas, la ley de acceso a la información deberá prevalecer sobre toda otra legislación	12
XI. Recomendaciones	13

I. Introducción y resumen general

Aproximadamente 90 países han reconocido que es necesario que existan leyes sobre el acceso a la información pública y han reglamentado el ejercicio de este derecho. Sin embargo, no todas las leyes redactadas bajo el título “Ley de transparencia y acceso a la información” son útiles en la práctica para ejercer el derecho a acceder a información. Dicho de otro modo, tanto la letra de toda ley que verse sobre el derecho de acceso a la información como su aplicación subsiguiente deben acatar principios mínimos para que se considere aceptable en virtud de las normas internacionales.

Según estiman los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos en Europa y en todo el continente americano, en la actualidad se considera que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental. Para garantizar ese derecho ya existe un conjunto de normas elaboradas por organizaciones intergubernamentales (tales como las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, el Consejo de Europa, la Unión Africana y la Organización de los Estados Americanos).

Es importante recordar que en 2004 el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación sostuvo que: “El derecho de acceso a la información que esté en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a Información) [...]”¹.

Bajo esa perspectiva, la promoción por España de una ley de acceso a la información debe considerarse como una medida positiva adoptada por el gobierno.

Sin embargo, lamentablemente el Anteproyecto de Ley española de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno (denominado en adelante en el presente documento “anteproyecto de Ley española” o “anteproyecto de Ley”)² no acata las normas y los principios ya consagrados por los Tribunales de Derechos Humanos o las organizaciones intergubernamentales, incluido el “Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos”³ (denominado en adelante en el presente documento “Convenio del CdE”). Por ende, el anteproyecto de Ley no se atiene a otras normas consideradas importantes, como fuentes secundarias, para una reglamentación efectiva del acceso a la información⁴.

1 Véase el documento de 2004 titulado “Declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos para la Libertad de Expresión”, denominada en adelante en el presente documento “Declaración conjunta”, en: <http://cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&IID=1>.

2 El anteproyecto de Ley se puede consultar en: <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm>.

3 Adoptado por el Comité de Ministros el 27 de noviembre de 2008 en la reunión 1042bis de los Representantes de los Ministros, disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1377737>.

4 Sería importante destacar que la aprobación en todo el mundo de leyes sobre el acceso a la información no se ha debido exclusivamente a la voluntad de los gobiernos. El reconocimiento del derecho a la libertad de información ha sido promovido por organizaciones no gubernamentales (ONG) que, en algunos casos, consiguieron crear alianzas más amplias que incluían a profesionales del periodismo y el mundo académico. Hace más de una década, algunas de esas alianzas elaboraron normas sobre el acceso a la información que los gobiernos o los órganos intergubernamentales tuvieron presentes íntegramente al redactar sus propias normas legislativas. Para los fines del presente informe, es importante citar dos ejemplos de normas desarrolladas por la sociedad civil hace poco, que también

El presente informe expone en detalle algunos aspectos positivos y negativos del anteproyecto de Ley y ofrece recomendaciones para su mejora, de conformidad con las normas internacionales convenidas.

II. El acceso a la información, un derecho fundamental

El Artículo 1 del anteproyecto de Ley española no reconoce que el acceso a la información es un derecho fundamental. Un hecho positivo es que el Artículo 8 del anteproyecto de Ley menciona que el acceso a la información es un derecho, aunque el anteproyecto de Ley vincule dicho derecho al Artículo 105 b) de la Constitución española, que dispone un acceso limitado a la información.

Por ese motivo, es importante aclarar que el acceso a la información es o bien un derecho fundamental autónomo o bien un derecho vinculado a la libertad de expresión.

Los tribunales internacionales se han atenido a esta lógica al reconocer que el derecho a la información constituye un derecho. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluye el acceso a la información en el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte estima que: “[...] el artículo 13 de la Convención, 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, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. [...] De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha reconocido el acceso a la información en el Artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶. En un caso muy reciente, el Tribunal dijo que: “en opinión del Tribunal, considerar que al solicitante le correspondía tal derecho en virtud del Artículo 10 del Convenio contravendría los derechos de propiedad de la Universidad de

pueden tenerse en cuenta en el análisis del anteproyecto de Ley española. El primer ejemplo son los Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información, adoptados por la ONG Artículo 19 en consulta con organizaciones en diversos países. Véase Artículo 19: El derecho del público a saber, Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información, junio de 1999, disponible en: www.article19.org/pdfs/standards/righttoknow.pdf (versión en español: <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1797/12-04-26-REPORT-rtk-SP.pdf>). El segundo ejemplo es un conjunto de diez principios relativos al derecho de acceso a la información elaborados por la Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta (OSJI) junto con otras organizaciones, publicados en el tercer Día Internacional anual del Derecho a Saber, disponible en: http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Thinking/Principles/JI_Ten_Principles_on_Right_to_Know_2008_countries.pdf.

5 Véase Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf (versión en español: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf).

6 Véase, entre otros casos, Caso Társaság a Szabadságjogokért (Sociedad pro derechos civiles) Vs. Hungría, Solicitud N° 37374/05 de 14 de abril de 2009, disponible en: http://home.broadpark.no/~wkeim/files/echr-CASE_OF_TARSASAG_v._HUNGARY.html.

Gotemburgo. También vulneraría los derechos de K y de E en virtud del Artículo 10, conforme a lo estipulado por el Tribunal de Apelación Administrativo, de recibir información en cuanto al acceso a los documentos públicos en cuestión, así como sus derechos en virtud del Artículo 6 de que se apliquen las sentencias definitivas del Tribunal de Apelación Administrativo [...]”⁷.

Hay documentos internacionales tales como la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública⁸ (Ley Modelo Interamericana)⁹ que establecen que el derecho a la información es un derecho humano fundamental y una condición esencial para todas las sociedades democráticas¹⁰. Al interpretar el Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró que: “[e]l párrafo 2 del artículo 19 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos [...]”¹¹.

7 Véase Caso Gillberg Vs. Suecia (Solicitud N° 41723/06), disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=876602&portal=hbkm&source=enternalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

8 Esta Ley Modelo es un texto elaborado dentro del marco de la OEA tras años de debates entre los Estados Miembros. Véase la Resolución de la Asamblea General de la OEA sobre el Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia, AG/Res. 1932 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003, en: http://www.oas.org/juridico/english/ga03/agres_1932.htm (versión en español: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag03/agres_1932.htm); Resolución de la Asamblea General de la OEA sobre el Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia, AG/Res. 2057 (XXXIV-O/04), 8 de junio de 2004, http://www.oas.org/xxxivga/english/docs_approved/agres2057_04.asp (versión en español: http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agres2057_04.asp); Resolución de la Asamblea General de la OEA sobre el Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia, AG/Res. 2121 (XXXV-O/05), 26 de mayo de 2005, en: <http://www.oas.org/XXXVGA/docs/ENG/2121.doc> (versión en español: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2121_XXXV-O-05_esp.pdf); Resolución de la Asamblea General de la OEA sobre el Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia, AG/Res. 2252 (XXXVI-O/06), 6 de junio de 2006, en: <http://www.oas.org/juridico/English/regeneas.html>; Resolución de la Asamblea General de la OEA sobre el Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia, AG/Res. 2288 (XXXVII-O/07), 5 de junio de 2007, en: <http://www.oas.org/juridico/English/regeneas.html> (versión en español: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2288_XXXVII-O-07_esp.pdf). Véase también AC/RES. 2418 (XXXVIII-O/08), y AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, y la Resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10), “Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública”, en: http://www.oas.org/DIL/general_assembly_resolutions.htm (versión en español: http://www.oas.org/DIL/esp/resoluciones_asamblea_general.htm).

9 Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos reconocieron la importancia de la Ley Modelo Interamericana durante la última Asamblea General de la OEA, celebrada en El Salvador en 2011. Los Estados Miembros decidieron “Alentar a los Estados a que en el diseño, ejecución y evaluación de sus normativas y políticas sobre acceso a la información pública, consideren la aplicación e implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública contenida en la Resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10) y su Guía de Implementación”. Véase AG/RES. 2661 (XLI-O/11), Acceso a la información pública y protección de datos personales (aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011), disponible en: http://www.oas.org/DIL/general_assembly_resolutions.htm (versión en español: http://www.oas.org/DIL/esp/resoluciones_asamblea_general.htm).

10 Véase AG/RES. 2607 (XL-O/10), disponible en: http://www.oas.org/dil/AG-RES_2607-2010_eng.pdf (versión en español: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf).

11 Véase Observación General N° 34, párrafo 18, disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf> (versión en español: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc).

Por último, el Representante de la OSCE declaró que “[e]l acceso a la información es un derecho de los ciudadanos”¹².

Recomendación: Inclúyase un párrafo al comienzo del anteproyecto de Ley para aclarar que el acceso a la información es un derecho fundamental. Cámbiense la referencia en el Artículo 8 del anteproyecto de Ley para que figure el Artículo 20 de la Constitución española.

III. Ámbito de aplicación: el derecho de acceso debe aplicarse a todos los organismos públicos

El Artículo 2 del anteproyecto de Ley dispone el acceso a la información de los organismos públicos, si bien excluye parte de la información de la rama legislativa y la judicatura. El Artículo 2 establece claramente que tales organismos deben proporcionar información únicamente en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo. Ello se podría interpretar como una limitación del derecho de acceso a la información pública.

La imposición de limitaciones al acceso a cierta información “como regla general” no concuerda con las normas internacionales.

Por ejemplo, el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos¹³ establece que: “El derecho del acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas”¹⁴.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considera que, en virtud del Artículo 19 del ICCPR, el derecho del acceso a la información se extiende a todas las ramas del Estado (ejecutiva, legislativa y judicial), así como a otras autoridades públicas o gubernamentales¹⁵.

El Artículo 3 de la Ley Modelo Interamericana establece que la ley “se aplica a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna”¹⁶.

12 Véase Declaración conjunta.

13 Véase información sobre el mandato del Comité en:
http://www.oas.org/cji/eng/inter_american_juridical_committee.htm (versión en español:
http://www.oas.org/cji/comite_juridico_interamericano.htm).

14 Véase CJI/RES.147 (LXXIII-O/08), Principios sobre el Acceso a la Información, OAS/Ser.Q CJI/RES.147 (LXXIII-O/08), Original: español, principio 2 (denominado en adelante en el presente documento “Principios del CJI”).

15 Véase la Observación General N° 34, párrafos 18 y 7, disponible en:
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf> (versión en español:
http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc)

16 Véase AG/RES: 2607 (XL-O/10), disponible en: http://www.oas.org/dil/AG-RES_2607-2010_eng.pdf (versión en español: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf).

El Convenio del CdE señala que los organismos obligados a facilitar información incluyen a “los organismos legislativos y autoridades judiciales, en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia”.

En relación con la judicatura, existe la posibilidad de reconocer que “[...] el acceso a la información de procesos judiciales puede presentar conflictos particulares de derechos. Por ejemplo, el éxito de investigaciones penales puede peligrar si se hace pública cierta información, la divulgación de casos familiares puede contravenir el derecho de las personas a la vida privada, y los derechos de niños que sean víctimas pueden peligrar si se revela su identidad [...]”¹⁷.

No obstante, tales conflictos se contemplan en las excepciones previstas en el Convenio del CdE, lo que hace posible ampliar el derecho de acceso a información a toda la judicatura pero al mismo tiempo velar por que se protejan debidamente otros derechos e intereses.

Recomendación: Modifíquese la redacción del Artículo 2 de modo que la regla disponga que todos los organismos públicos están obligados a proporcionar información.

IV. Publicidad activa

Los Artículos 3 a 7 del anteproyecto de Ley española reconocen la importancia de que se publique de forma activa la información cuyo conocimiento sea relevante. Se trata de un aspecto positivo del anteproyecto de Ley.

El Representante de la OSCE afirma que: “[l]as autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés público. Se establecerán sistemas para aumentar, con el tiempo, la cantidad de información sujeta a dicha rutina de divulgación”¹⁸.

La publicidad activa también se ha incluido en leyes modelo elaboradas por organizaciones intergubernamentales, como la Ley Modelo Interamericana. Como se declara en los “Comentarios y Guía para la Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información”:

Una ley de acceso a la información puede contener disposiciones que exijan a los organismos públicos divulgar de forma activa cierta información y documentos. Estos requisitos tienen generalmente por objeto fomentar la transparencia y la confianza en el gobierno, y proporcionar información útil al público. Un beneficio añadido de estas políticas es que pueden reducir el número de solicitudes que el organismo público debe procesar, ya que la información que se solicita puede ya estar disponible. Esto

17 Véase “Disclosing Justice. A Study of Judicial Access to Information in Latin America” (La divulgación y la justicia: Estudio del acceso a la información judicial en Latinoamérica), publicado por la Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC, 2007, pág. 2, disponible en: http://www.dplf.org/index.php?c_ID=314 (Nota del traductor: Véase <http://www.dplf.org/uploads/1196288246.pdf>).

18 Véase la Declaración conjunta.

puede representar ahorros en los costos del organismo público, ya que los empleados no deben realizar las tareas de búsqueda, revisión y producción de información.¹⁹

Por último, la publicidad activa se incluye en el “Proyecto de Ley modelo de los miembros de la Unión Africana sobre el acceso a la información” (Ley Modelo de la UA)²⁰. El Artículo 6 dispone que:

Se requiere que cada organismo público y organismo privado relevante publique la siguiente información producida por ese organismo en cuestión o relacionada con el mismo en cuanto la información se genere o el organismo la reciba:

- a) información que contenga interpretaciones o detalles de leyes o sistemas administrados por el organismo;
- b) manuales, políticas, procedimientos o normas que hayan sido preparados para funcionarios del organismo o sean utilizados por los mismos para tomar decisiones o hacer recomendaciones o asesorar a personas ajenas al organismo en cuanto a los derechos, privilegios o prestaciones, u obligaciones, sanciones u otros perjuicios que les pudiera corresponder a las personas;
- c) contratos concertados por el organismo desde el principio de esta parte para la prestación de servicios destinados a o en nombre del organismo en el caso de que la suma pagadera en virtud del contrato rebase el importe de [insértese la suma];
- d) los planes presupuestarios y de gastos correspondientes al ejercicio financiero actual y a todo otro ejercicio fiscal anterior a partir de la fecha de principio de esta parte; y
- e) toda otra **información** en poder del mecanismo de supervisión.

V. Definición de información y el principio de “máxima divulgación”

El Artículo 9 del anteproyecto de Ley española define “información” de tal modo que podría interpretarse como incompatible con el principio de “máxima divulgación”. En el principio de máxima divulgación “se presume que toda la información en poder de un órgano público deberá poder ser difundida, a menos que se den determinadas circunstancias”. Dicho principio sostiene que los conceptos de “información” y de “órganos públicos” deberían definirse con amplitud²¹.

Como afirma el Representante de la OSCE, la legislación relativa al acceso a la información debería estar “basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la

19 Documento presentado por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información de conformidad con la Resolución de la Asamblea General AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09). Véase OEA/Ser.G CP/CAJP-2841/10, 23 de abril de 2010, original: inglés/español, pág. 44, disponible en: http://www.oas.org/dil/CP-CAJP-2841-10_eng.pdf (versión en español: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf).

20 Dicho anteproyecto de Ley se preparó bajo la égida del Relator Especial para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información en África, en asociación con el Centro pro Derechos Humanos de la Universidad de Pretoria, en: <http://www.achpr.org/english/other/MODEL%20LAW%20FINAL.pdf>.

21 Véanse, entre otros, los principios de la ONG Artículo 19 anteriormente citados.

presunción de que toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones”²².

El principio de “máxima divulgación” se ha incluido en varias leyes nacionales, así como en la Ley Modelo Interamericana (Artículo 2):

Esta ley establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública. La ley se basa en el principio de máxima publicidad, de tal manera que cualquier información en manos de instituciones públicas sea completa, oportuna y accesible, sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones, las que deberán estar definidas por ley y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática [...].

El Artículo 9 del anteproyecto de Ley española prevé límites a la información que podría solicitarse. Excluye toda información que pueda afectar a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, así como la información que afecte a la prevención, investigación y sanción de los actos ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.

En artículos subsiguientes del anteproyecto de Ley española se especifican más excepciones al acceso a la información (véanse comentarios más adelante). No obstante, el Artículo 9 incluye excepciones en la misma definición de información. De esta manera, el Artículo 9 menoscaba drásticamente la posibilidad de que los ciudadanos ejerzan su derecho de acceso a la información, porque en su definición incluye una lista muy amplia e imprecisa de excepciones.

Por último, es importante recordar que el Convenio del CdE incluye (Artículo 1)* en la definición de “documentos públicos” toda la información archivada de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas.

Recomendación: El Artículo 9 debería redactarse de nuevo siguiendo el principio de máxima divulgación. Concretamente, deberían suprimirse los límites enunciados en la definición del Artículo 9.

VI. Las excepciones al derecho de acceso deben quedar establecidas por ley y ser claras y específicas

Los Artículos 10 a 13 del anteproyecto de Ley española establecen, por una parte, algunos límites “facultativos” para acceder a cierta información (Artículo 10) y, por otra, algunas excepciones a la información que pudiera solicitarse (Artículo 13). En la práctica, podría no haber diferencias entre “límites” y “excepciones” para los solicitantes. La forma en que se han incluido esos aspectos en la ley genera confusión y podría interpretarse también como incompatible con las normas internacionales.

El Representante de la OSCE declaró lo siguiente:

El derecho de acceso a la información deberá estar sujeto a un sistema restringido de excepciones cuidadosamente adaptado para proteger los intereses públicos y privados preponderantes, incluida la privacidad. Las excepciones se aplicarán solamente cuando exista el riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño sea mayor que el interés público en general de tener acceso a la información. La autoridad pública que procure denegar el acceso debe demostrar que la información está amparada por el sistema de excepciones.²³

En toda regulación del acceso a la información es sumamente importante que las excepciones se definan claramente. El anteproyecto de Ley española no lo hace de manera adecuada.

Los Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana exponen claramente que “[l]a implementación del régimen de excepciones al derecho de acceso a la información es un eje central para la eficacia y garantía de este derecho fundamental. Se trata de un procedimiento de interpretación jurídica basado en la presunción de la divulgación por sobre otros intereses”.

El Convenio del CdE establece claramente que “[l]os límites deberán estar previstos por una ley, ser necesarios en una sociedad democrática [...]”.

Las excepciones a la divulgación de la información no deberían convertirse en la norma general. Lamentablemente, al formular de manera imprecisa tanto los límites como las excepciones, el anteproyecto de Ley española corre un gran peligro de que los funcionarios que han de proporcionar la información conviertan las excepciones en la norma general en la práctica. Las excepciones constituyen sin duda una parte indiscutiblemente esencial de toda ley sobre libertad de la información, y el anteproyecto de Ley española debería abordar esas ambigüedades para evitar que surjan confusiones en la interpretación y la aplicación por los jueces.

Además, el anteproyecto de Ley española reconoce la prueba de perjuicio o de daño solamente en el caso de algunos límites. Sin embargo, no se incluye el caso del interés público en todas las excepciones que figuran en el anteproyecto de Ley. Las normas internacionales siguen una pauta distinta.

Por ejemplo, el Convenio del CdE estipula que “[e]l acceso a la información contenida en un documento oficial puede ser rechazado si puede o probablemente pueda dañar los intereses mencionados en el párrafo 1, a menos que haya un interés público que prevalezca en dicha revelación”.

Tal y como se establece en los Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana:

Las pruebas de interés público y pruebas de daño son normas contra las que se deben ponderar la justificación de una excepción a la divulgación a fin de determinar si satisface los requisitos de proporcionalidad y necesidad. Al aplicar esas pruebas, es

necesario adoptar una interpretación restrictiva de la excepción [...]. La presunción de la divulgación requiere, pues, que la excepción sea lo menos restrictiva posible; es decir, la no divulgación debe tener un efecto directo en el ejercicio de una excepción en particular, ser proporcionada para el interés público o privado e interferir lo menos posible con el ejercicio efectivo del derecho de acceso.

La Ley Modelo de la UA (Artículo 36)** incluye una prueba parecida:

36. Interés público superior

- 1) Pese a las excepciones enunciadas en esta Parte, un funcionario a cargo de la información debe autorizar una solicitud de acceso a información si el interés público en la divulgación de la información supera el perjuicio que pueda suponer para el interés protegido bajo la excepción pertinente [...].

Por último, hay otro principio importante relacionado con las excepciones que se omite en el anteproyecto de Ley española, por el cual no debe aplicarse excepción o límite alguno en los casos de violación de los derechos humanos o delitos de lesa humanidad. El Artículo 45 de la Ley Modelo Interamericana prevé ese límite a las excepciones.

Recomendación: Los Artículos 10 a 13 deberían redactarse de nuevo. En primer lugar, se debería aclarar el sistema de excepciones (los límites también son excepciones y su formulación debería evitar cualquier definición amplia o imprecisa); en segundo lugar, el anteproyecto de Ley española debería incluir las pruebas de interés público en todas las excepciones (incluidas las relacionadas con los datos personales), que deberían redactarse con claridad.

VII. Debe existir la posibilidad de solicitar información de manera anónima y sin revelar los motivos de la solicitud

El Artículo 14 del anteproyecto de Ley española dispone que los solicitantes de información deberán identificarse. Esa obligación no está en consonancia con las normas internacionales. Esa identificación podría dar lugar a represalias por parte de los funcionarios públicos contra los solicitantes y, por ese motivo, esa obligación crea un efecto disuasorio que hace que las personas eviten solicitar información.

Por ejemplo, la Ley Modelo de la UA no pide los nombres de los solicitantes que soliciten información. Asimismo, el comentario del Artículo 24 de la Ley Modelo Interamericana menciona que “[e]l solicitante no necesita dar su nombre en la solicitud de información. Sin embargo, en la medida en que la solicitud se refiera a información personal, será necesario incluir el nombre del solicitante”.

El Artículo 14 del anteproyecto de Ley española incluye una disposición relativa a los motivos de la solicitud. Es cierto que el Artículo 14 establece que el solicitante “podrá” incluir los motivos y que la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud. No obstante, las normas internacionales dejan claro que no se deben exigir los motivos.

Por ejemplo, el Artículo 4.1 del Convenio del CdE establece que “[u]n solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial”.

Del mismo modo, en el Artículo 11 de la Ley Modelo de la UA queda establecido claramente que “no se pedirá a nadie que justifique o exponga los motivos por los que solicita una información”.

Asimismo, interpretando el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “[d]icha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción”²⁴.

La formulación del Artículo 14 del anteproyecto de Ley española puede animar a los funcionarios públicos a pedir que se expongan los motivos por los que se solicita la información.

Recomendación: El Artículo 14 no debería obligar a los solicitantes a identificarse y tampoco debería incluir la necesidad de justificar la solicitud, aun cuando no sea una obligación.

VIII. Los mecanismos de supervisión y recurso deben estar claramente definidos e incluir órganos independientes de supervisión

El Artículo 21 del anteproyecto de Ley española prevé correctamente la posibilidad de interponer un recurso administrativo antes de interponer recurso ante el poder judicial.

Como el Representante de la OSCE declaró: “Aquellos que soliciten información deberán tener la posibilidad de apelar cualquier denegación de divulgación de información ante un órgano independiente con plenos poderes para investigar y solucionar dichos reclamos”²⁵.

Lamentablemente, el órgano al que se hace referencia en el anteproyecto de Ley española (la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios)^{***} no ofrece garantías suficientes de independencia, ya que actuará en el marco de un Ministerio, de conformidad con la Disposición final tercera del anteproyecto de Ley. Además, el estatuto del órgano debe ser aprobado por el Consejo de Ministros.

En los Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana se explica como sigue:

El conjunto de disposiciones más importante de una ley de información posiblemente sea el que garantiza un procedimiento que permita a los ciudadanos hacer cumplir su derecho a la información cuando una solicitud de información es obviada o denegada, o cuando se les impide el ejercicio de sus derechos. Sin un procedimiento independiente de revisión de decisiones, el derecho a la información rápidamente se

24 Véase Caso Claude Reyes citado anteriormente.

25 Véase la Declaración conjunta.

volverá discrecional y basado en las voluntades de las personas que reciben la solicitud. La debilidad o ineficacia de los mecanismos encargados de hacer cumplir la ley pueden llevar a negaciones arbitrarias, o bien fomentar el “efecto avestruz”, según el cual no existe una negación explícita pero sí una situación en la que las agencias gubernamentales de manera figurada meten sus cabezas bajo tierra y hacen caso omiso de la ley. Por lo tanto, para garantizar la eficacia general de la ley, resulta crucial que exista un mecanismo apropiado de revisión externa.

Las normas internacionales tales como la Ley Modelo Interamericana ofrecen la posibilidad de apelar ante un órgano externo. En ese contexto, por órgano externo se entiende un órgano que no haya participado en la decisión de la denegación (completa o parcial) de la información solicitada. La experiencia internacional demuestra que hay una serie de modelos posibles que podrían utilizarse. Los Comentarios a la Ley Modelo Interamericana incluyen los siguientes:

1. Una Comisión o Comisionado de Información o Tribunal de Apelaciones con el poder de emitir órdenes vinculantes
2. Una Comisión o Comisionado de Información u Ombudsman con el poder de emitir recomendaciones
3. Revisión judicial

Aunque el modelo que se seleccione para interponer recurso dependa considerablemente de la cultura y el contexto (político, económico y burocrático) específicos del país, así como de los aspectos presupuestarios, el primer modelo indicado ha demostrado tener éxito en diversas jurisdicciones.

A modo de ejemplo, la Ley Modelo de la UA (Artículo 59) establece un mecanismo de supervisión independiente e imparcial compuesto por Comisionados de Información con la finalidad de fomentar, supervisar y proteger el derecho de acceso a la información. Cabe destacar que este órgano no sólo se encarga de tramitar las apelaciones, sino que también actúa en las esferas de fomento y supervisión.

El anteproyecto de Ley española no se decide claramente por uno de esos modelos recomendados.

En cualquier caso, la independencia es fundamental en todo modelo (en particular los modelos 1 y 2 antedichos). Existen numerosas condiciones que podrían influir en la independencia real o supuesta del órgano. Entre ellas está la forma en que se nombra al jefe de la oficina y se determinan el período de su mandato y los procedimientos de destitución, la rama del gobierno que le confiere sus poderes y a la que mantiene informada, y su autonomía presupuestaria.

El órgano enunciado en el anteproyecto de Ley española debería cumplir esos requisitos.

Recomendaciones: El Artículo 21 del anteproyecto de Ley española debería complementarse con disposiciones que confieran independencia real al órgano mencionado en él. Además, el artículo se podría ampliar dotando al órgano de la capacidad de dirimir las apelaciones, supervisar la aplicación de la Ley y fomentar el acceso a la información en el marco de la administración.

IX. La importancia de aplicar sanciones específicas a quienes obstaculicen el acceso a la información

Los Artículos 22 a 27 del anteproyecto de Ley española exponen una serie de sanciones aplicables a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. El Representante de la OSCE señala que una ley de acceso a la información debería “incluir el establecimiento de sanciones para aquellos que deliberadamente obstruyen el acceso a la información”²⁶. El anteproyecto de Ley española no prevé una sanción específica para los funcionarios públicos en ese ámbito.

Se recomienda que se incluyan sanciones específicas. Tal y como se establece en los Comentarios a la Ley Modelo Interamericana:

Con miras a garantizar el pleno funcionamiento y cumplimiento de la ley, la mejor legislación de acceso a la información cuenta con una sección integral sobre sanciones por incumplimiento de las responsabilidades de procedimiento o por acciones afirmativas para perjudicar el funcionamiento de la ley. Las sanciones, que a menudo conllevan una multa u otro remedio administrativo, como la suspensión o terminación, deberán imponerse cuando los servidores públicos no cumplan con las disposiciones establecidas en la ley, el plazo de tiempo para responder o la obligación de atender a los solicitantes. Adicionalmente, también se impondrán sanciones por acciones que impidan la divulgación de información – desde la obstrucción y ocultamiento de información hasta la destrucción de documentos. En general, las sanciones administrativas funcionan mejor, ya que es más probable que sean aplicadas.

No obstante, debería contemplarse la imposición de sanciones penales cuando la acción llega al nivel de obstruccionismo intencional. Cuando un servidor público, ante una solicitud de información, destruye o altera deliberadamente los archivos objeto de dicha solicitud, es importante que exista la posibilidad de aplicar sanciones penales más severas.

Recomendación: Los Artículos 22 a 27 deberían incluir sanciones específicas aplicables en el caso de violación del derecho de acceso a la información.

X. “En caso de discrepancias o conflicto de normas, la ley de acceso a la información deberá prevalecer sobre toda otra legislación”²⁷

La Disposición adicional primera, párrafo 2, del anteproyecto de Ley española no otorga a la Ley primacía sobre otras normas legislativas en esta materia. De hecho, el anteproyecto de Ley especifica lo contrario.

26 Véase la Declaración conjunta.

27 Representante de la OSCE, Declaración conjunta

Recomendación: La Disposición adicional primera, párrafo 2, debería suprimirse e incluir una disposición que establezca que “en caso de discrepancias, esta Ley prevalecerá sobre toda otra legislación”.

XI. Recomendaciones

- *Inclúyase un párrafo al comienzo del anteproyecto de Ley para aclarar que el acceso a la información es un derecho fundamental. Cámbiense la referencia en el Artículo 8 del anteproyecto de Ley para que figure el Artículo 20 de la Constitución española.*
- *Modifíquese la redacción del Artículo 2 de modo que la regla disponga que todos los organismos públicos están obligados a proporcionar información.*
- *El Artículo 9 debería redactarse de nuevo siguiendo el principio de máxima divulgación. Concretamente, deberían suprimirse los límites enunciados en la definición del Artículo 9.*
- *Los Artículos 10 a 13 deberían redactarse de nuevo. En primer lugar, se debería aclarar el sistema de excepciones (los límites también son excepciones y su formulación debería evitar cualquier definición amplia o imprecisa). En segundo lugar, el anteproyecto de Ley española debería incluir las pruebas de interés público en todas las excepciones (incluidas las relacionadas con los datos personales), que deberían redactarse con claridad.*
- *El Artículo 14 no debería obligar a los solicitantes a identificarse y tampoco debería incluir la necesidad de justificar la solicitud, aun cuando no sea una obligación.*
- *El Artículo 21 debería complementarse con disposiciones que confieran independencia real al órgano mencionado en él. Además, el artículo se podría ampliar dotando al órgano de la capacidad de dirimir las apelaciones, supervisar la aplicación de la Ley y fomentar el acceso a la información en el marco de la administración.*
- *Los Artículos 22 a 27 deberían incluir sanciones específicas aplicables en el caso de violación del derecho de acceso a la información.*
- *La Disposición adicional primera, párrafo 2, debería suprimirse e incluir una disposición que establezca que “en caso de discrepancias, esta Ley prevalecerá sobre toda otra legislación”.*

* Nota del traductor: Artículo 2 (sic) en el original.

** Nota del traductor: Artículo 35 (sic) en el original.

*** Nota del traductor: El nombre actual es: Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios.