

PONENCIA RELATIVA A LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO, EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

JOSÉ AURELIO GARCÍA MARTÍN

1. INTRODUCCIÓN

Agradezco al Director del Centro su invitación para participar como ponente en estas sesiones y a Esperanza Zambrano y su equipo de Presidencia por la paciencia que está mostrando en estos días. Desde luego, si no hubieran hecho su trabajo y no creyesen en los valores de la transparencia, seguro que hoy no estaríamos aquí debatiendo sobre este proyecto.

2. PUNTOS FUERTES

Me han sugerido que hable de los puntos fuertes y débiles del proyecto, y como a los “puntos débiles” me referiré después, voy a comenzar señalando lo que entiendo que es el verdadero “punto fuerte” en materia de acceso.

El artículo 2 dice que “Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española y en esta Ley”. Si el texto hubiera omitido las últimas cuatro palabras nos encontraríamos de nuevo entre los estrechos márgenes de la redacción constitucional, referida exclusivamente al acceso de los ciudadanos a los “archivos y registros administrativos”. ¿A qué “archivos administrativos” se refiere? Pues a los mencionados en el artículo 37 de la Ley 30/1992, que ahora se pretende modificar, que alude a los “documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”

¿Qué cambios supone entonces el proyecto respecto a la regulación vigente? A mi modo de ver los avances se resumen en cuatro puntos:

- a) En primer lugar el derecho de acceso se refiere ahora a “la información” y no a “los documentos”. Los documentos contienen siempre información, pero la información puede existir sin estar documentada, pues incluso puede estar en la mente de las personas. Se produce por lo tanto una ampliación sustancial que lo es también respecto al ámbito contemplado en el CCE, que también se refiere al acceso a “los documentos”.

- b) En segundo lugar, la Ley 30/1992 excluía el derecho de acceso a la información no perteneciente a un expediente administrativo, lo que dejaba fuera del derecho información sensible (estadística, sobre comportamientos, sobre criterios de dirección, sobre planificación y objetivos, etc.) que no es materia insertable en un expediente.
- c) En tercer lugar, hay que recordar que la Ley 30/92 regulaba el derecho de acceso sólo a los documentos relativos a los “procedimientos terminados”. Es cierto que la DA 1ª.1 del proyecto también remite a las normas reguladoras de los procedimientos respecto al acceso, por quienes tengan la condición de interesados, a los documentos en un procedimiento no terminado, pero yo no deduzco que la información relativa a los mismos quede vedada al derecho de acceso de terceros siempre y cuando se respeten las condiciones del artículo 11 del proyecto. Incluso aunque así no fuera, lo que es relevante es que queda fuera de juego la restricción adicional introducida por la puerta trasera, hace sólo seis meses, en el aún vigente Real Decreto 1708/2011, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula su régimen de acceso, norma que curiosamente no motivó críticas aparentes. Este RD excluye de la regulación de accesos los relativos a los “archivos de oficina o gestión”, en los que incluye tanto los procedimientos no terminados como los documentos de procedimientos finalizados sometidos “a continua utilización y consulta administrativa”. Esto deja la delimitación de los archivos de oficina o de gestión, una vez finalizado el procedimiento, a la decisión de los gestores. Cualquier funcionario sabe que la obligación de remitir los expedientes a los archivos centrales se incumple de forma reiterada y que los archivos de gestión engordan hasta lo indecible, o hasta la totalidad cuando se trata de archivos electrónicos, y eso cuando no se incumplen directamente las normas sobre destrucción y los documentos pasan directamente del archivo de gestión a la nada.
- d) Por último, comporta un avance indudable sobre la dicción constitucional el reconocimiento del derecho de acceso a información fuera de los ámbitos administrativos, pues muchos de los sujetos a la Ley que se comenta carecen de “archivos y registros administrativos” en sentido estricto.

Sé que con lo que acabo de decir disiento de lo que se indicado en algún foro público de que “según se desprende del texto del anteproyecto, el derecho real es de acceso a documentos públicos, más que a la información en general”, afirmación basada en que “no se da acceso a informes y comunicaciones internas de carácter auxiliar para la toma de decisiones”. Después diré algo respecto a las limitaciones al derecho de acceso, pero, sin ánimo de polemizar, creo que una descalificación tan genérica no hace justicia a los avances indudables del proyecto respecto a la legislación anterior.

3. LAS TRES COLUMNAS DEL DERECHO DE ACCESO.

Dicho lo anterior llega el momento de exponer lo que entiendo puntos débiles del proyecto, al menos desde mi punto de vista. Los voy a exponer considerando las tres bases sobre las que se apoya la efectividad de la transparencia: el ámbito subjetivo de la obligación, el ámbito objetivo del derecho, y el aseguramiento del cumplimiento de la ley.

3.1 ÁMBITO SUBJETIVO DE LA OBLIGACIÓN

La primera vía para analizar el proyecto es la de la definición del ámbito subjetivo de la obligación. En la primera jornada se detectaron ya algunas carencias en el artículo 2 del proyecto. No voy a reiterar lo que ya se dijo, pero quiero plantear dos posibles enfoques que quizá nos permitan reflexionar mejor sobre este asunto: el primero es el relativo a la configuración ideal o tendencial del ámbito subjetivo, y el segundo se refiere a la configuración mínima o posible de dicho ámbito.

3.1.1 Configuración ideal o tendencial del ámbito subjetivo.

En los tiempos que corren y desde mi personal perspectiva, entiendo que la configuración ideal del ámbito subjetivo sería aquella que permitiese una perfecta justificación del uso dado a los recursos públicos. Desde este enfoque debería bastar, limitaciones aparte, con decir que está obligada toda persona o entidad que se financie mayoritariamente con cargo al erario público o con recursos allegados mediante normas coactivas de derecho público, y las personas y entidades que realicen actividades públicas o de servicio público que, aisladamente consideradas, se financien mayoritariamente con recursos públicos. Que cada cual saque sus conclusiones sobre quienes, con referencia a esta aproximación ideal, aparecen excluidos del proyecto.

3.1.2 Configuración mínima o posible del ámbito subjetivo

Ahora bien, planteamientos ideales aparte, me preocupa mucho más conseguir ahora un marco mínimo de referencia, claro y posible, pues no debe olvidarse que el derecho de acceso se construye más con su uso que con su regulación. Este marco, a mi modo de ver, debe ser el determinado por el Convenio del Consejo de Europa, aunque tan sólo fuera porque la aprobación de esta Ley debería ser suficiente, sin necesidad de modificaciones posteriores, para que España sea signataria del Convenio. Sé que a muchos esto les parecerá poco, pero que también a no pocos esto les parecerá demasiado. A mi me parece simplemente algo posible.

Pues bien, analizando el grado de acomodación del proyecto a la letra del Convenio aprecio algunos desajustes abiertos a la reflexión:

- a) El primer desajuste que me llama la atención, hasta el punto de que he pensado que manejo un texto incompleto, es la omisión de cualquier alusión al Gobierno. Esta omisión, aparte de incumplir el CCE, sería difícilmente explicable a los ciudadanos en estos tiempos de crisis.
- b) El CCE incluye a los organismos legislativos y autoridades judiciales “en cuanto realizan funciones administrativas”. La “realización de funciones administrativas” ha sido traducida en el proyecto por “las actividades sujetas a Derecho administrativo”, lo que encierra una interpretación restrictiva que excluye, por ejemplo, las funciones organizativas y de administración no procedimentadas. Por otra parte, se amparan en esta acotación restringida órganos con dudosa naturaleza legislativa o judicial, como son el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, o el Consejo Económico y Social.
- c) El CCE incluye a las “autoridades judiciales” y me pregunto si las mismas quedan totalmente cubiertas por la alusión realizada en el proyecto al “Consejo General del Poder Judicial”.
- d) El CCE establece como norma el acceso directo, mientras que el artículo 2.2 del proyecto establece un sistema de acceso intermediado a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas. De mantenerse este sistema sería preciso resolver explícitamente la atribución de responsabilidades, presumir que el órgano administrativo interpuesto está en posesión de la información solicitada cuando ésta es poseída por el órgano intermediado; e indicar que el sistema de intermediación no puede justificar un plazo superior en la contestación.

3.2 ÁMBITO OBJETIVO DEL DERECHO

Entrando ahora en la segunda vertiente, la del ámbito objetivo del derecho de acceso, también voy a poner el acento en las condiciones de cumplimiento del contenido del marco proporcionado por CCE. Para analizar el proyecto me centraré en tres distintos aspectos: el del carácter de la ley proyectada; el de la relación de los límites, excepciones e inadmisiones; y el de la forma en que los mismos tienen que ser apreciados o aplicados.

3.2.1 El carácter de la Ley proyectada

Cuando hablo del carácter de la ley no me refiero a su naturaleza jurídica sino a si nos encontramos ante una ley unificadora, de carácter exclusivo o

preeminente, o si realmente estamos ante una norma “de relleno”, esto es, subordinada a otras legislaciones especiales.

Esta es una cuestión fundamental pues, si tomamos como referencia mínima el CCE, vemos que sus excepciones se enuncian a título limitativo, no desbordable a través de legislaciones especiales. Pues bien, si entiendo la DA 1ª, apartados 2 y 3, del proyecto, concluyo que se subordina el derecho de acceso regulado en la ley a lo que se establezca en otras leyes, sin o con carácter supletorio respectivamente. Con ello se abre el camino al mantenimiento o establecimiento de excepciones fuera del marco de esta Ley y permite imaginar un escenario futuro en el que se sucedan los intentos de neutralizar el derecho de acceso por la vía de introducir regulaciones legales especiales.

Frente a este planteamiento, entiendo que esta Ley debería constituirse claramente en la norma prevalente en materia de acceso, y si, siempre dentro del marco de los límites que establece debiera existir alguna regulación especial, ésta debería bien incorporarse al proyecto o bien relacionarse expresamente en el mismo, derogándose explícitamente cualquier norma sobre la misma materia no referenciada en la Ley.

3.2.2 La relación de límites, excepciones e inadmisiones

Me referiré a continuación a los límites, excepciones e inadmisiones, y lo haré de forma conjunta, simplemente porque la mayoría de los ciudadanos no entienden de estas diferencias y este es un proyecto que debería ser muy bien entendido por todos los ciudadanos, aunque no sean expertos en Derecho.

Una característica llamativa del proyecto es la dispersión en el texto de las limitaciones al derecho de acceso, llámeselas como se las llame, que se localizan en seis sitios distintos: los artículos 9, 10, 11, 13, 15 y la mencionada DA primera. A mi modo de ver, esta dispersión complica la inteligibilidad de la Ley y traslada la imagen de que las limitaciones son todavía más de las que se proponen.

Dicho lo anterior, voy a repasar algunas cuestiones con el ánimo nuevamente de encajar mejor el proyecto en el texto del CCE.

- a) El artículo 9, al definir la “Información pública” excluye del propio concepto la información que “afecte a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios”. Con ello, lo que en el CCE son limitaciones al acceso se introducen en el proyecto en la propia definición de la información pública. Esto es impropio, pues la información sobre estas materias es “pública” por su origen, aunque no sea “publicable”. Desde luego no hay razones para tratar conceptualmente de

forma distinta las limitaciones de los artículos 9 y 10, salvo que se pretenda que las materias mencionadas en el artículo 9 puedan suponer sin más la inadmisión de las solicitudes, sin las garantías mínimas que se ofrecen para los restantes supuestos en el artículo 10.2.

- b) El mismo artículo 9, coherentemente con la definición dada en el Convenio de Consejo de Europa, debería referirse a la información “cualquiera que se la forma en que se conserve”. Esto es necesario para evitar cualquier oposición a la entrega de la información basada en problemas de formato de conservación o similar.
- c) En cuanto a la relación de límites, hay algunos supuestos para los que no encuentro encaje claro en el CCE, como son la inclusión de los “ilícitos administrativos”, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- d) Otra cuestión, relevante aunque sea de tipo práctico, es que si no se incluyen definiciones en la Ley que permitan acotar claramente los límites es probable que la misma se ahogue en la amplitud de sus enunciados. En general esto afecta tanto al artículo 9 como al 10, aunque hay casos muy evidentes, como son los de los posibles perjuicios a los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria o la protección del medio ambiente, susceptibles de todo tipo de interpretaciones.
- e) En términos generales, las excepciones del artículo 13 no tienen encaje en la literalidad del CCE y pueden dar lugar a la generación de facto de nuevos límites fuera de su marco estricto. Además, estas excepciones suscitan algunas dudas:
 - La excepción de la información “que esté en curso de elaboración o de publicación general” sólo podría resultar razonable si tal elaboración o publicación general fueran previsibles en un tiempo corto y cierto, sino se está proporcionando una perfecta excusa para denegar cualquier tipo de información.
 - La excepción de la información “que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas o entre órganos o entidades administrativas”, que ha sido muy debatida, es la que suscita más dudas. Hay casos en los que esta información es decisiva, por ejemplo para conocer los riesgos advertidos en notas o informes previos a una determinada decisión. No obstante, con todas las cautelas y sólo en última instancia, la excepción mencionada podría ser considerada cuando se trate de información meramente preparatoria de otra

disponible consecuencia de la misma, cuando sea esta última la que tenga carácter oficial o definitivo, y siempre que ello no oculte argumentos o propuestas que pudieran hacer controvertibles las decisiones contenidas en la documentación oficial.

- Y la excepción de la información “para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración” debería ser simplemente eliminada, pues en la práctica casi toda la información requiere alguna acción previa de reelaboración salvo que, a la postre, la información se constriña siempre a los documentos preexistentes.
- f) Por último, en este examen de las limitaciones del derecho de acceso, los supuestos de inadmisión del artículo 15 tampoco encajan perfectamente con los supuestos de rechazo del art. 5.5) del CCE. Además, el supuesto contemplado en el apartado a) no debe resolverse con una inadmisión, sino con una denegación, y el supuesto contemplado en el apartado d) no debería traducirse en una inadmisión si resultara posible establecer un plazo superior para llevar a cabo el trámite a que se refiere dicho apartado.

3.2.3 La forma de aplicación de los límites, excepciones e inadmisiones.

En relación con la forma de aplicación de los límites del art. 10, el proyecto dice escuetamente que la misma “será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección perseguida”. El CCE va un paso más allá pues indica que el acceso puede ser rechazado “a menos que haya un interés público que prevalezca en dicha revelación.” Desde mi punto de vista, la Ley debería especificar de alguna forma la mecánica de apreciación de la proporcionalidad, que requiere necesariamente enfrentar de forma motivada los daños previstos con el interés público subyacente en cada concreta revelación de los datos, bajo el principio de que, en caso de duda razonable, debería prevalecer el derecho a la información.

Me preocupa que esta motivación de la proporcionalidad sólo sea aplicable a la relación de límites del artículo 10, cuando, como hemos visto, las limitaciones se localizan en seis lugares distintos del proyecto.

3.3 EL ASEGURAMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO

Y hablando ya del tercer pilar del derecho de acceso, creo que donde realmente se la juega la nueva Ley es en acertar respecto al aseguramiento del derecho. Diga lo que diga la Ley y se reconozca o no el derecho como fundamental, si no se arbitran medidas eficaces para asegurar su cumplimiento se

corre el riesgo de que no soporte el enfrentamiento con una cultura administrativa que está en evolución pero que históricamente se ha formado en la opacidad.

Veamos qué nos aporta el proyecto en este punto, aparte de la mera declaración legal de obligatoriedad, y qué cosas podrían añadirse.

- a) El artículo 14.2 excluye la presentación de consultas anónimas. Aunque esta exclusión es opcional en el CCE, cabría pensar que, en determinados supuestos, la identificación pudiera disuadir de la presentación de una consulta. No obstante, comprenderán que me resista a asumir la imagen de una Administración vengativa enfrentada a unos ciudadanos que sólo están dispuestos a ejercer sus derechos bajo la condición del anonimato.
- b) El artículo 14.2, en caso de comunicación electrónica, desformaliza la misma (admite la comunicación sin más a una dirección electrónica) de forma tal que la respuesta podría ser repudiada por el órgano emisor. Entiendo preciso que se declaren de aplicación para las comunicaciones los derechos y procedimientos regulados en la Ley 11/2007 de 22 de junio.
- c) El artículo 14.3, si bien establece que la inclusión de los motivos de la solicitud es potestativa, lo cual es coherente con el CCE, añade que “no obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud”. Este “por sí sola” sugiere que la falta de motivación puede ser en algún caso ponderada en el rechazo. Creo que estas matizaciones deben simplemente desaparecer del proyecto.
- d) Entre las medidas barajadas para asegurar la contestación, se ha propuesto el establecimiento de sanciones para el funcionario que no cumpla dicha obligación. Con muchos años de Inspector de los Servicios sobre mis espaldas soy francamente pesimista respecto a la utilidad de estas medidas, salvo que se trate exclusivamente de sancionar, administrativa o penalmente, supuestos de especial gravedad, como serían los de la destrucción dolosa de información posterior a la solicitud, o el falseamiento consciente y deliberado de la misma, sanciones que deberían balancearse con las establecidas en el artículo 26 de la Ley en materia de divulgación de información.
- e) Yo no doy un valor excesivo en el aseguramiento del derecho a la importancia del silencio positivo que, por incumplimiento del acto tácito, conduciría las más veces a la jurisdicción contencioso-administrativa. Precisamente lo que hay que conseguir es que las discrepancias no tengan que terminar en Tribunales, porque ello incorpora costes y porque por lo general las soluciones llegarán cuando la información haya perdido actualidad. Es fundamental, por lo tanto, apostar por un correcto y ágil

funcionamiento de los recursos en vía administrativa y, específicamente, el régimen previsto en el artículo 21 del proyecto, en relación con el cual:

- En primer lugar quiero dejar claro que entiendo que es injusta y carente de fundamento la presunción de que la Agencia Estatal de Transparencia va a comportarse de forma parcial.
 - Dicho lo anterior, sí puedo entender que cabe dar alguna satisfacción a los más reticentes reforzando la independencia percibida. En este punto soy partidario de utilizar fórmulas ya exploradas que han tenido resultados positivos, como es la del Consejo de Defensa del Contribuyente. Para ello bastaría con que la Agencia resuelva las reclamaciones mediante un órgano colegiado de naturaleza mixta, con participación de la Administración y de especialistas externos a la misma. Naturalmente, tratándose de un órgano mixto y pudiendo los interesados oponerse a sus decisiones ante los Tribunales, debería darse también la oportunidad para que la Administración se oponga a estos acuerdos e incluso pueda solicitar al Juez la suspensión de los mismos.
- f) Entiendo que, en consonancia con lo previsto en el Art. 9 del CCE, debe procederse de inmediato a la modificación normativa y organizativa de los sistemas de archivo administrativo, para los que la regulación actual es insuficiente. Como ya he indicado, en la actualidad se están incumpliendo las normas sobre archivo y destrucción de documentos. Sin una base sólida de conservación de la información simplemente no habrá información.
- g) Por igual razón debe procederse a la unificación normativa y organizativa de los sistemas registrales. La actual dispersión de registros se traduce en inseguridad y en descontrol de los propios documentos y comunicaciones que son objeto de registro.
- h) Además, debe acelerarse la aplicación del Esquema nacional de interoperabilidad en lo que afecta a la normalización de los documentos y expedientes electrónicos, sistemas de copiado auténtico digital, normas sobre formatos, etc. No soy partidario de establecer nuevas medidas relativas a formatos u ordenación de los datos, sino de buscar el adecuado punto de encuentro a través del ENI que asegure la accesibilidad y la gratuidad de los soportes de obtención y distribución de la información. En la materia que tratamos la forma tiene una importancia capital y si la Ley no enfoca claramente esta cuestión me temo que la transparencia sufrirá.
- i) Debe además establecerse obligatoriamente la formación de los funcionarios, tanto en la cultura de la transparencia como en los derechos y contenido de esta Ley, lo que se acomodaría a lo previsto en el artículo 9 del

CCE. La experiencia del relativo fracaso de una previsión similar en la Ley 11/2007 debería llevar a reforzar esta cuestión ya desde la propia Ley.

- j) Debe darse transparencia cualificada a la aplicación de la propia Ley. El portal de la transparencia debe recoger los informes de auditoría sobre la información activa suministrada, y la estadística, histórica y detallada, centro por centro y por materias, de las solicitudes de acceso recibidas y de las soluciones dadas (contestación, inadmisión o denegación, y resultado de los recursos y sentencias), así como de la doctrina o criterios que puedan ir estableciendo los Tribunales o el órgano de resolución en vía administrativa, y las consultas que se formulen en la materia.
- k) Por último, la experiencia constatada en relación con el derecho de acceso electrónico de la ley 11/2007 es que los ciudadanos ignoran por completo los derechos que les asisten en virtud del artículo 6 de dicha Ley. Sería lamentable que esto se repitiera en materia de transparencia, por lo que habrá que prever en la Ley, recogiendo lo indicado en el Art. 9 del CCE, e idear en su reglamentación, la forma en que debe llegar a los ciudadanos la información sobre su derecho. En este caso es probable que habrá que vencer no sólo la ignorancia, sino también la desconfianza o el temor. También en este punto se la juega una ley que sólo se consolidará con su efectiva utilización.

4. CONCLUSIONES

Y termino aquí con cuatro breves conclusiones:

- a) En primer término debo indicar que, siendo consciente de que algunas de las cuestiones que he mencionado son materia más propia del ámbito reglamentario que del legal, mucho me temo que aquello que no se asegure en la Ley puede acabar no teniendo reflejo en el Reglamento, tras los filtros e informes a los que será sometido.
- b) La segunda es que el proyecto ofrece un cambio significativo de la actual normativa, superando con mucho las previsiones constitucional y legal vigentes sobre la materia. Categóricamente, creo que merece la pena trabajar sobre este proyecto.
- c) La tercera es que, en este momento, me inclino por concentrar los esfuerzos en compatibilizar al máximo el proyecto con el CCE, que debería ser la referencia fundamental en esta primera etapa, lo que es una tarea que, como creo haber reflejado, tiene bastante recorrido.
- d) Por último, es indispensable asegurar, con imaginación, la efectiva aplicación de la Ley, previendo cuáles serán las líneas de resistencia y arbitrando procedimientos ágiles que eviten tener que acudir a los Tribunales de Justicia para buscar un remedio que siempre será tardío.

Y hasta aquí mi ponencia. Perdonen por lo apresurado de la exposición y muchas gracias por su atención.

17/05/2012