



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

**COMENTARIOS AL NUEVO TEXTO DEL ANTEPROYECTO DE LEY
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

Índice

I. Introducción.....	3
II. El Acceso a la Información todavía no es considerado un derecho fundamental en el nuevo anteproyecto	4
III. El ámbito de aplicación todavía es limitado en el nuevo anteproyecto	5
IV. La definición de información y la regulación de las excepciones siguen en contradicción con los estándares internacionales	5
V. Es todavía imposible solicitar información de manera anónima y sin explicar los motivos del requerimiento	6
VI. El nuevo anteproyecto mantiene problemas acerca de la independencia del mecanismo de supervisión y recursos.....	6
VII. Conclusión.....	7

I. Introducción

La promoción por España de una ley de acceso a la información debe considerarse como una medida positiva adoptada por el gobierno. Sin embargo, como hemos dicho en nuestro análisis anterior, el primer Anteproyecto de Ley Española de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno 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”.¹ 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 información.

Nuestro informe relacionado con el primer anteproyecto expuso una serie de recomendaciones tendentes a mejorar el anteproyecto teniendo en cuenta los estándares internacionales. Tales recomendaciones fueron:

- *Inclúyase un párrafo al comienzo del anteproyecto de Ley para aclarar que el acceso a la información es un derecho fundamental. Cámbiese 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.*

¹ 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>.

- *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”.*

Como se explicará en este documento, estas recomendaciones no fueron completamente tenidas en cuenta en el nuevo anteproyecto de la ley (en adelante “nuevo anteproyecto”).²

Este nuevo informe contiene comentarios sobre algunos de los cambios introducidos por el gobierno Español al primer anteproyecto de ley, pero no repite las razones que fueron oportunamente explicadas acerca de por qué las recomendaciones que se efectuaron en nuestro primer informe eran necesarias para mejorar la ley. En otras palabras, todas aquéllas recomendaciones, efectuadas en nuestro primer informe, se mantienen válidas para asegurar que el “nuevo anteproyecto” esté de acuerdo con estándares internacionales.

II. El Acceso a la Información todavía no es considerado un derecho fundamental en el nuevo anteproyecto

El “nuevo anteproyecto” no aclara que el acceso a la información es o bien un derecho fundamental autónomo o bien un derecho vinculado a la libertad de expresión. El art. 8 del nuevo anteproyecto mantiene la misma redacción del primer anteproyecto, mencionando que el acceso a la información es un derecho, aunque vinculado al Artículo 105 b) de la Constitución Española, que dispone un acceso limitado a la información.

Es importante resaltar que la nueva “exposición de motivos” refuerza la idea que el acceso a la información no es un derecho fundamental relacionado con el art. 20 de la Constitución Española. La “exposición de motivos” solo menciona el art.105b de la Constitución, además de otras leyes.

² El nuevo anteproyecto puede consultarse en: <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm>.

III. El ámbito de aplicación todavía es limitado en el nuevo anteproyecto

El art. 2 del “nuevo anteproyecto” incluye cambios mínimos. Es importante resaltar que el “nuevo anteproyecto” estipula que son sujetos obligados los adjudicatarios de contratos del sector público. Sin embargo esta obligación está sujeta a los términos previstos en el respectivo contrato. Si, por ejemplo, el contrato estipula que cierta información no debe ser revelada, el “nuevo anteproyecto” genera un buen instrumento para la opacidad.

Asimismo, el “nuevo anteproyecto” dispone el acceso a la información de los organismos públicos, pero mantiene la exclusión de la información de la rama legislativa y la judicatura.

IV. La definición de información y la regulación de las excepciones siguen en contradicción con los estándares internacionales

El art. 9 del “nuevo anteproyecto” todavía limita el acceso a cierta información que podría solicitarse. Excluye toda información que pueda perjudicar a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, así como la información que perjudique a la prevención, investigación y sanción de los actos ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. El cambio principal en este artículo es el uso del verbo “perjudicar” en lugar de “afectar”. Es un aspecto positivo que el cambio en el “nuevo anteproyecto” requiere un estándar más alto para impedir la entrega de información. Sin embargo, sigue siendo problemático, por las razones explicadas en nuestro informe anterior, que el art.9 incluya excepciones en la misma definición de información.

Asimismo, y desafortunadamente, las limitaciones y excepciones en el “nuevo anteproyecto” (arts. 10-13) siguen redactadas de manera vaga.

Es importante reconocer que el “nuevo anteproyecto” incluye el “test de interés público superior” (art.10). Sin embargo, este test solo aplica a las limitaciones a la entrega de información y no a todas las excepciones incluidas en el anteproyecto. Lo que potencialmente es más problemático es la idea introducida en el “nuevo anteproyecto” sobre la aplicación de un “test de interés privado superior”.

En conclusión, y sin perjuicio que el “nuevo anteproyecto” ha incluido cambios, ellos son menores y con esa normativa continúa corriéndose el riesgo de que surjan confusiones en su interpretación y aplicación por los jueces.

V. Es todavía imposible solicitar información de manera anónima y sin explicar los motivos del requerimiento

De acuerdo a la versión anterior del art. 14 del anteproyecto de ley, las personas que solicitaran información deberían identificarse. El “nuevo anteproyecto” especifica que la solicitud puede presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de la identidad del solicitante. El cambio introducido no resuelve claramente el principal problema que expresamos en nuestro informe anterior: 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 disuasivo que hace que las personas eviten solicitar información.

Desafortunadamente, el art.14 del “nuevo anteproyecto” mantiene la provisión sobre la expresión de motivos del pedido de información. Por las razones que hemos explicado en el informe anterior, los estándares internacionales son claros en cuanto a que la motivación del pedido de información no debe ser solicitada.

VI. El nuevo anteproyecto mantiene problemas acerca de la independencia del mecanismo de supervisión y recursos

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 “nuevo anteproyecto”. El cambio introducido en esta “Disposición Final Tercera” refuerza la preocupación sobre la falta de independencia de la agencia, debido a que el “nuevo anteproyecto” incluye la provisión acerca que el Presidente de la agencia cesará en su cargo, bajo especiales circunstancias, por separación acordada por el Gobierno.

Tal como expusimos en el informe anterior, 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.

VII. Conclusión

A pesar que son varios, muy pocos son los cambios realizados en el “nuevo anteproyecto” que podrían considerarse como una mejora importante. Por ejemplo, es un avance positivo respecto del primer anteproyecto la introducción en el art. 17 de una sanción específica a quienes reiteradamente incumplan los plazos para resolver la entrega o denegación de información.

Sin embargo, la mayoría de los cambios son “cosméticos” y, en general, no contribuyen a mejorar el anteproyecto respecto de la versión anterior.

Es importante reiterar que el acceso a la información es un derecho fundamental de acuerdo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos de Europa, y 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) [...]”³.

³ 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>.