

El acceso a los documentos públicos en la legislación española

Severiano Fernández Ramos
Universidad de Cádiz



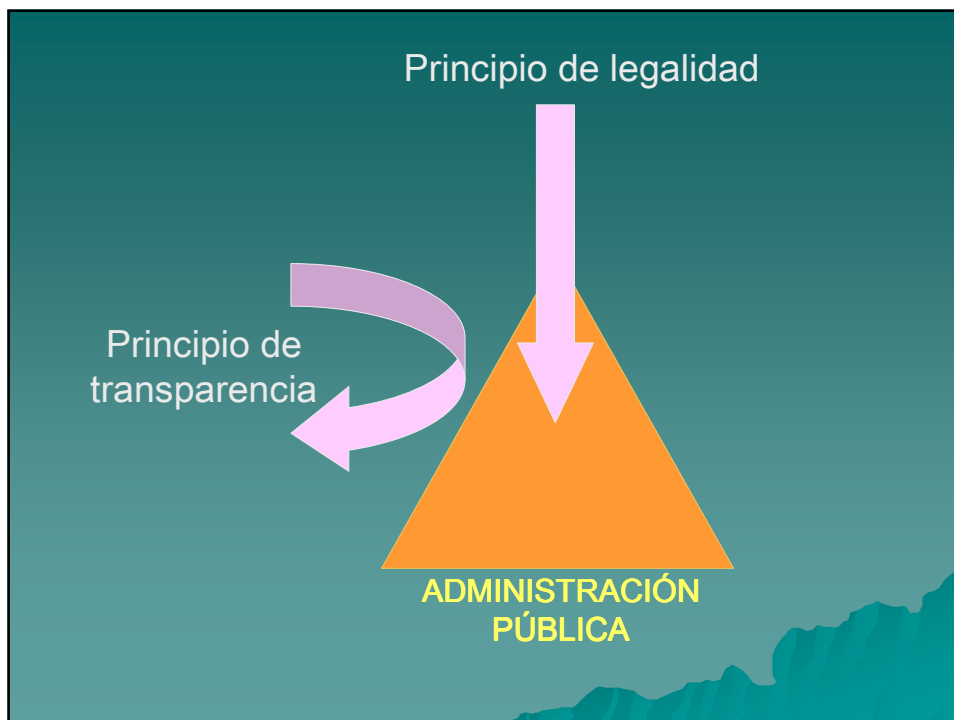
I JORNADAS SOBRE ACCESO A LOS
DOCUMENTOS PÚBLICOS Y OFICIALES
Madrid, 25 – 26 FEBRERO 2009

1. El derecho de acceso a la documentación pública como derecho ciudadano es siempre un derecho de creación legal

- ◆ Significado profundamente rupturista en relación con el sistema constitucional tradicional
- ◆ Manifestación de una democracia avanzada o de calidad
- ◆ Plasmación constitucional del derecho

La publicidad en el Estado Liberal de Derecho

Poder Legislativo	publicidad del procedimiento legislativo
Poder Judicial	publicidad de las actuaciones judiciales
Poder Ejecutivo	Modelo tradicional de Administración burocrática: confidencialidad de las actuaciones administrativas



Proceso ideal de ejecución administrativa

DISPOSICIÓN LEGAL



ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA



DECISIÓN ADMINISTRATIVA

DISPOSICIÓN LEGAL

ÓRGANO DE
GOBIERNO

Grupos
privados de
presión

Alta Burocracia

ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA

Organizaciones
Sindicales

DECISIÓN ADMINISTRATIVA

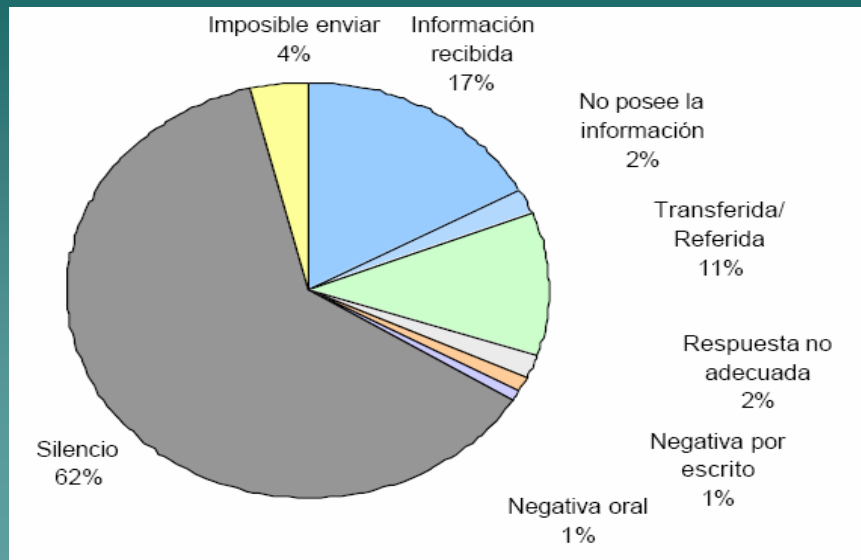
2. Derecho reconocido al máximo nivel

- ◆ Caracterización dominante del derecho de acceso:
 - **Derecho constitucional**, mas **no derecho fundamental**: ubicación del artículo 105 b) de la Constitución.
 - **Derecho instrumental**: admisión de regímenes privilegiados, en el caso de que el derecho de acceso se considere instrumental de un derecho fundamental. Caso de los cargos públicos representativos (art. 23 Constitución)
- ◆ La diversidad de derechos informativos desde un punto de vista estructural:
 - “**derecho a recibir información**”: el objeto del derecho consiste en la prestación de una actividad informativa.
 - “**derecho a informarse**”: el objeto del derecho es el acceso a las fuentes de información. Aquí encajaría este derecho como derecho de acceso a las fuentes públicas de información de carácter documental (art. 201.d) CE.

3. Pero, la Ley no es suficiente para implantar el derecho de acceso

- ◆ La ordenación mediante **Ley** del derecho debe garantizar un contenido mínimo: papel secundario del Reglamento.
 - Ejemplo del modelo italiano de reenvíos en cascada.
- ◆ Pero la Ley, si bien es una condición necesaria no es suficiente para invertir las prácticas y usos administrativos seculares.
 - Necesidad de implementar una política pública activa de transparencia.
 - Papel fundamental de la Internet: olvido de la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Estudio sobre el acceso a la información en España, *Sustentia*, octubre de 2005



4. El Estado español es competente (y responsable) para aprobar una Ley de acceso a la Información

- ◆ Competencia del Estado en materia de régimen jurídico básico de las AA PP:
 - Pieza fundamental para la plasmación del principio de transparencia administrativa
 - Elemento definitorio de las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones públicas
- ◆ Función de la legislación básica: fijar estándares mínimos que garanticen una posición común a los ciudadanos
- ◆ Situación actual de la Ley 30/1992:
 - Carácter residual de la ordenación de la Ley 30/1992: incapacidad para servir de régimen común básico
 - Fraccionamiento del derecho a la información pública: caso de la Ley 27/2006, de 18 de julio por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
 - Paradojas: jurisprudencia sobre acceso de los concejales a la información local.

5. Pero también son competentes (y responsables) las Comunidades Autónomas

- ◆ Función de la competencia autonómica:
 - Desarrollo legislativo: aspectos organizativos y procedimentales
 - Complemento de la Ley estatal
- ◆ Ámbito de la competencia autonómica:
 - la Administración propia y
 - las Administraciones Locales de su territorio
- ◆ Desinterés generalizado:
 - Caso de la Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega

6. Y no debe olvidarse la capacidad normativa de las Entidades Locales

Reglamentos de participación ciudadana:

- Funcionalidad
- Naturaleza de normas orgánicas
- Práctica de RPC: únicamente existen 33% Municipios de > 5.000
- Mandato Ley 57/2003: retórico

7. Pero no sirve la Ley de Procedimiento Administrativo sino que ha de tratarse de una Ley especial

LEYES	ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	ORDENACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO
FINALIDAD	Garantizar unos derechos mínimos a los interesados en los procedimientos administrativos	El derecho de acceso es un derecho ciudadano sustantivo, se ejercita al margen de legitimación
ÁMBITO DE APLICACIÓN	Se trata de garantías aplicables cuando la Administración ejercer potestades o prerrogativas	El principio de transparencia debe tener un alcance horizontal , con independencia de si la Administración actúa conforme a Derecho Público o Privado

Actos y documentos administrativos: ámbito parcialmente diverso

		DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS
ACTOS ADMINISTRATIVOS	Actos administrativos no plasmados en un documento	Actos administrativos plasmados en un documento
		Actos de la Administración no administrativos plasmados en un documento
		Actos de los administrados plasmados en un documento en poder de la Administración

Diversidad de ámbitos subjetivos de ambas las Leyes

- ◆ Ley de Procedimiento Administrativo: Administraciones públicas en sentido jurídico-formal.
- ◆ Ley de Acceso a la Información Pública: autoridades públicas en sentido funcional o material:
 - Paradigma: Ley 27/2006 de acceso a la información medio ambiental
 - Se evita que las técnicas organizativas de privatización y externalización para eludir el alcance del derecho



8. Una Ley de Acceso a la Información coordinada con la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales

- ◆ Doble interrelación de las Leyes Protección de Datos Personales:
 - Reconocimiento de un específico derecho de acceso a los afectados: derecho a elegir
 - Delimitación de informaciones concernientes a la privacidad: potencial conflicto con Ley de Acceso
- ◆ Criterio: Ley de Acceso a la Información como Ley especial

Desequilibrio actual

PROTECCIÓN DE DATOS

- ◆ Ley (Orgánica) de Protección de Datos
- ◆ Agencia Estatal de Protección de Datos (y autonómicas)
- ◆ Específica y enérgica protección penal, administrativa y disciplinaria

ACCESO A LA INFORMACIÓN

- ◆ Ausencia de verdadera Ley general de acceso a la información
- ◆ Ausencia de instituciones garantizadoras del derecho de acceso
- ◆ Genérica y débil protección penal y ausencia de protección administrativa y disciplinaria

9 ... Y coordinada también con la legislación sobre archivos públicos

- ◆ Derecho autónomo de acceso a la documentación depositada en los archivos históricos: derecho tradicional salvo en España
- ◆ Interacción del dispositivo de transparencia y de los sistemas de archivos
 - Que el documento exista, no se haya destruido o perdido indebidamente: dialéctica conservación-eliminación.
 - Que el documento sea localizable por la propia Administración e identificable por los ciudadanos: gestión de los documentos por el sistema archivístico (catalogación, clasificación, valoración ...).
- ◆ Sistema de gestión integral de documentos públicos: el acceso forma parte natural del mismo

Sistema de
transparencia pública

Sistema de archivos
públicos

10. Y es imprescindible una autoridad independiente que tutele a efectividad del derecho de acceso

- ◆ La tutela judicial: contencioso ordinario (coste y lentitud)
- ◆ Las quejas al Defensor del Pueblo y comisionados parlamentarios autonómicos: actuación inmediata y gratuita, pero limitada
- ◆ La articulación de procedimientos precontenciosos en vía administrativa:
 - LRJPAC: permite mecanismos sustitutorios a los recursos ordinarios.
 - Cataluña, Castilla- La Mancha: Comisiones de Acceso a los Docs. Adms.

La (débil) protección del derecho de acceso

- ◆ La protección penal del derecho de acceso:
 - Art. 542 CP : “la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes”.
 - Exigencia de intencionalidad -"a sabiendas"- que excluye la posibilidad de comisión culposa, y alegación de error vencible e invencible.
- ◆ Ley de Cataluña 10/2001 de Archivos y Documentos:
 - Califica como infracción grave la “difusión no autorizada de documentos sometidos a un período de exclusión de consulta”, pero no tipifica ningún supuesto de denegación o restricción abusiva del derecho de acceso.
- ◆ Postura "defensiva" de las autoridades y funcionarios: es preferible equivocarse por no permitir el acceso que por comunicar indebidamente el documento

Caracterización del derecho de acceso a la documentación pública

- ◆ No es un derecho a recibir información, sino un derecho a informarse: un **derecho de libertad**.
- ◆ Es un **derecho democrático**, pero no un derecho de participación: es el presupuesto para la formación libre de la opinión pública, por ello es un derecho universal.
- ◆ **Derecho de tercera generación**, indicador del grado de calidad de una democracia.
- ◆ Es un derecho sustantivo: los motivos, intereses y fines NO son relevantes.
- ◆ Un derecho extraordinariamente frágil: no basta la Ley, es precisa la implementación de una **política pro activa**.
- ◆ Un **derecho** encadenado a la realidad, de una casuística infinita, derivado de su carácter **poliédrico**: necesidad de elaborar un acervo.

Conclusión

- ◆ Necesidad de una Ley estatal Básica de Acceso a la Información Pública que garantice unos estándares mínimos de transparencia comunes para todas las Administraciones públicas.
- ◆ Ley que pueda ser desarrollada y complementada por las Comunidades Autónomas, pero que tal desarrollo no sea imprescindible para su eficacia y operatividad.
- ◆ Ley que se acompañe de una política pública proactiva de transparencia y difusión de la información pública.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Principio de
transparencia



La democracia es el régimen del poder público en público

Norberto Bobbio