

AL·LEGACIONS A L'AVANTPROJECTE DE LLEI DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN

1. Antecedents

L'accés a la informació i la documentació pública és una exigència indispensable en qualsevol procés d'aprofundiment democràtic, en la seva vessant de control de l'activitat pública, però especialment en la de participació ciutadana en els afers públics. Així ho han reconegut nombrosos organismes internacionals que han aprovat normatives i declaracions instant als països a garantir el més ampli dret d'accés a la informació i la documentació.

A Europa, ja des de l'any 1981 el Consell d'Europa va aprovar les recomanacions bàsiques per als governs nacionals en relació amb l'accés a la informació i la documentació, ampliadades i desenvolupades l'any 2002. La influència que van tenir aquestes recomanacions ha estat notable ja que han estat d'aplicació generalitzada a tota Europa, servint perquè es reconegués l'accés a la informació i la documentació com a dret fonamental a l'article 42 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea i s'adoptés el Conveni sobre l'accés als documents públics el 27 de novembre de 2008.

En aquest sentit, s'ha de posar de relleu l'excepcionalitat en què es troba l'Estat Espanyol per la manca d'una llei d'accés a la informació i la documentació, llei de la qual disposen la pràctica totalitat dels països de la Unió Europea i la major part dels estats membres del Consell d'Europa.

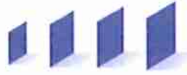
A les democràcies més avançades, el dret a accedir a la informació i la documentació que es troba en mans dels poders públics persegueix tres objectius principals. Primer, permet la participació activa dels ciutadans en els processos públics de presa de decisions. En segon lloc, reforça el control dels ciutadans sobre el govern, i contribueix a prevenir la corrupció i altres formes de *mala praxi* pública. En tercer lloc, garanteix una més gran legitimitat a les institucions, ja que en esdevenir més transparents i responsables, s'acosten a l'ideal de "bon govern".

Per tant, l'ordenament jurídic espanyol hauria de regular la transparència administrativa i el dret d'accés lliure dels ciutadans a qualsevol informació i documentació en mans de les administracions públiques, salvant excepcions clarament justificades.

2. Els arxius i el dret d'accés

L'Associació d'Arxivers-Gestors de Documents de Catalunya (AAC) és l'entitat que aplega la pràctica totalitat dels professionals que a Catalunya es dediquen a la gestió documental i als arxius. Des que fou creada l'any 1985, ha desenvolupat una intensa activitat tant en l'àmbit de la defensa dels interessos dels arxivers com en diferents aspectes vinculats a la professionalització i modernització de les nostres administracions.

Per situar una mica la qüestió, els arxivers tenen com a funció social assegurar i possibilitar la utilització dels documents, i de la informació que contenen, amb finalitats jurídiques, administratives, informatives, culturals i científiques. D'aquesta manera, els arxivers contribueixen a millorar el funcionament de les organitzacions, a salvaguardar



els drets i els deures de les persones que contenen els documents, a preservar la memòria col·lectiva i a fer possible la recerca científica i la difusió de la cultura. Però no només això, en les societats modernes, els arxivers, atesa la seva condició de responsables dels sistemes de gestió de documents, també són garants de l'aplicació del dret d'accés i per tant, actors necessaris en les polítiques de transparència administrativa i bon govern.

Així ho expliciten les resolucions del Consell d'Europa (Conveni del Consell d'Europa sobre l'accés als documents públics del Consell d'Europa aprovat l'any 2009):

- Considerar la **importància de la transparència** de les autoritats públiques en una societat democràtica i plural;
- Considerar que l'exercici del **dret d'accés als documents públics** proporciona una font d'informació pel públic, ajuda a la societat a formar-se una opinió sobre l'estat de la societat i sobre les autoritats públiques i fomenta la integritat, l'eficàcia, l'eficiència i la responsabilitat de les autoritats públiques, ajudant així a que s'afirmi la seva legitimitat.

També en fa esment la Declaració Universal sobre els Arxius (adoptada pel Consell Internacional d'Arxius l'any 2010 i aprovada per l'UNESCO l'any 2011):

- Els **arxius** registren decisions, accions i memòria. Constitueixen un patrimoni únic i insubstituïble que es transmet de generació en generació. Els documents són gestionats als arxius des del seu origen amb la finalitat de preservar-ne el valor i el significat. **Són fonts fiables d'informació que garanteixen la seguretat i la transparència de les actuacions administratives de les organitzacions.** Els arxius juguen un paper essencial en el desenvolupament de la societat contribuint a la constitució i salvaguarda de la memòria individual i col·lectiva. **L'accés lliure als arxius enriqueix el nostre coneixement de la societat, promou la democràcia, protegeix els drets de la ciutadania i millora la qualitat de vida.**

I altres resolucions de l'UNESCO (Codi ètic per a la Societat de la Informació aprovat l'any 2011):

- Els Estats Membres han d'afavorir i ampliar l'existència d'informació de domini públic, **reconèixer i promulgar el dret d'accés universal en línia als arxius públics o que obren en poder de les administracions públiques**, inclosa la informació d'interès pels ciutadans. La informació d'interès públic ha de passar al domini públic i difondre's en línia d'una forma fàcilment accessible utilitzant formats compatibles i oberts.
- Els Estats Membres han de fomentar l'ús d'Internet i altres tecnologies de la informació i la comunicació per **enfortir l'eficiència de la democràcia i les seves institucions**, oferint als ciutadans la possibilitat de mantenir un veritable debat públic i de participació en el procés democràtic, i promovent la **transparència**, la responsabilitat, la capacitat de resposta, el compromís, el



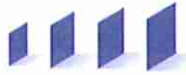
principi d'inclusió, l'accessibilitat, la participació, la subsidiarietat i la cohesió social.

D'altra banda, tal com recull el *Codi deontològic dels arxivers catalans*, el qual assumeix el Codi d'Ètica professional, aprovat per l'Assemblea General del Consell Internacional d'Arxius en la 13a assemblea general, celebrada a Beijing (Xina) el 6 de setembre de 1996, els arxivers contribueixen al desenvolupament de la societat, a partir del respecte a la dignitat i a la igualtat humana i de l'actuació sempre conforme a la justícia, vetllant per l'efectivitat dels drets i de les llibertats fonamentals relacionats amb els arxius, els documents i la informació. En aquest sentit, els arxivers en el seu exercici professional han de:

- Fer efectiu **el dret a la informació** per garantir l'oportunitat de totes les persones a participar i desenvolupar-se lliurement i plenament en la vida social.
- **Facilitar i promoure el dret d'accés als documents**, com a garantia de la seguretat jurídica en la relació de les persones amb les institucions, de la **transparència administrativa** i del **control de l'activitat institucional**.
- Vetllar perquè l'exercici dels drets a la informació i d'accés als documents no atempti contra el dret a la intimitat personal i familiar, garantint així la protecció de les dades de caràcter personal.
- Informar adequadament la societat sobre la naturalesa i les necessitats que es deriven de la gestió dels arxius i els documents.
- **Cooperar amb els poders públics** per desenvolupar totes aquelles polítiques que contribueixin a la millora de la gestió dels arxius i els documents.
- **Promoure i recolzar el desenvolupament de normes i polítiques** que assegurin l'efectivitat dels deures anteriorment enunciats.

Aquests deures professionals que tenim reconeguts els arxivers, es deriven de l'aplicació dels principis de l'ètica general i professional a la disciplina arxivística, i per tant, han de servir de guia del comportament ètic professional, alhora que orienten els arxivers en l'exercici responsable de la professió envers els drets de la ciutadania i la societat. La definició d'aquests principis ètics i els deures professionals dels arxivers al voltant del dret d'accés a la informació i la documentació expliciten el compromís i la garantia d'una actuació professional en la seva vocació de servei públic al servei dels interessos de la societat.

En el desenvolupament d'aquesta funció, no només és necessària una actuació professional competent, sinó també una utilització d'aquesta competència adequada a les característiques i necessitats de la societat. Per manifestar i facilitar l'efectivitat d'aquest compromís ètic amb la societat resulta del tot necessari el reconeixement d'unes normes d'accés i transparència que proporcionin un marc legal suficientment ampli i precís per fer prevaler el dret d'accés a la informació i la documentació com a exercici del dret constitucional de participació en els afers públics, el que situaria aquest dret com un dret fonamental.



3. Fonaments

D'acord amb la Constitució espanyola de 1978, el dret d'accés a la informació i la documentació es troba regulat a l'article 105.b, dins del títol dedicat al Govern i l'Administració, on s'estableix que la llei regularà l'accés dels ciutadans als arxius i registres administratius, excepte quan afecti a la seguretat i defensa de l'Estat, les investigacions de delictes i la intimitat de les persones.

D'ençà hi ha hagut nombrosos canvis normatius, el primer dels quals va ser l'aprovació de la *Llei 30/1992, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú*, la qual en el seu article 37 estableix que els ciutadans tenen dret a accedir als registres i als documents que es conserven als arxius administratius, sigui quin sigui el seu suport, sempre que els expedients corresponents estiguin tancats.

Malgrat aquesta iniciativa de la Llei, que podríem considerar de gran transcendència com a exemple de polítiques de transparència administrativa, el gran nombre de limitacions que s'acaben establint (expedients amb dades que afecten la intimitat de les persones, referents a les actuacions dels govern nacional i de les comunitats autònomes no subjectes al dret administratiu, defensa i seguretat nacional, política monetària, matèries classificades, etc.) deixen la sensació que l'excepció és precisament l'accés!

A finals de l'any 1999 va aparèixer la *Llei 15/1999, de protecció de dades de caràcter personal*, norma que va limitar una mica més l'accés del ciutadà als documents i registres de l'Administració atesa l'àmplia interpretació que s'acaba fent del terme "dades personals".

Finalment, ara fa cinc anys es va aprovar la *Llei 11/2007, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics*, la qual vol ser l'empenta definitiva per al desenvolupament de l'administració electrònica, i per tant, de les polítiques de bon govern i transparència administrativa. Aquesta Llei situa els drets del ciutadà com a eix central: dret a relacionar-se electrònicament amb l'Administració, a escollir el canal de comunicació, a conèixer l'estat dels procediments, a no tornar a presentar documents, etc.

4. Posicionament de l'AAC

Però potser la gran qüestió és si tenim realment reconegut el dret d'accés. El fet d'haver situat aquest dret en l'article 105.b de la Constitució, dins del Títol IV dedicat al Govern i a l'Administració, en lloc de situar-lo al Títol I on es recullen els drets fonamentals dels ciutadans, li dóna una configuració legal força limitada.

En aquest sentit, el dret d'accés a la informació i la documentació hauria de sortir de l'àmbit del dret Administratiu i hauria de passar als dels drets fonamentals, d'acord amb els articles 20.1.d i 23 de la Constitució Espanyola, segons els quals els ciutadans tenen dret a comunicar o rebre lliurement informació veraç i dret a participar en els afers públics.

En l'actualitat, la posició secundària del dret d'accés es posa clarament de relleu quan el contrastem amb el dret a la protecció de dades personals. El tractament que s'ha atorgat a aquest darrer dret també ens mostra el camí que potser caldria seguir per passar d'un dret d'accés de baixa qualitat democràtica a un dret d'accés propi de les societats més avançades. L'àmbit de la protecció de dades personals té un gran desplegament normatiu que es concreta



en un seguit de drets (d'informació, d'exigència de consentiment, d'accés a les teves dades, d'oposició, de rectificació i de cancel·lació de dades) i compta amb la protecció addicional que li dispensa la vigilància exercida per unes agències públiques específiques, dotades d'una autonomia reforçada i amb plens poders d'actuació, com són l'Agència Espanyola de Protecció de Datos o en el cas català, l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

En canvi, el dret d'accés a la informació i la documentació pública no compta amb una regulació unitària, ni amb un recolzament legal suficient, ni amb un règim de protecció jurídica reforçada. La seva tutela no s'ha encomanat a ens públics de caràcter independent, sinó en el cas que n'hi hagi, s'ha encarregat a òrgans administratius col·legiats de caràcter tècnic. La distància entre un i altre dret –la mateixa que continua separant els drets individuals dels de caràcter social– és, avui dia, força clarificadora de la transcendència que se li dona a la protecció d'ambdós drets.

I a partir d'ara, quin camí s'hauria de recórrer? El repte que convé afrontar és la modificació del marc legal vigent, partint d'un reconeixement constitucional del dret d'accés a la informació i la documentació pública, basat en el principi d'informació activa, preferiblement com a dret fonamental, d'acord amb la qualificació com a dret essencial a l'article 42 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, i complementat amb el deure dels poders públics de posar a disposició dels ciutadans la màxima informació i documentació possible, tal com ja recullen la majoria de normatives internacionals.

En l'àmbit legislatiu, seria recomanable substituir la regulació general vigent per un tractament legal més ambiciós, inspirat en els ordenaments pioners en matèria d'accés, com succeeix als països anglosaxons o escandinaus. Dedicar una llei específica al dret d'accés contribuiria a reforçar aquesta nova orientació, basada en els principis de qualitat, de gratuïtat, de responsabilitat i de pluralisme lingüístic de la informació.

A més, la tutela d'aquest dret s'hauria d'encomanar a una autoritat independent amb un disseny institucional similar al de les agències de protecció de dades pel que fa a àmbit d'actuació, potestats administratives, executives i sancionadores així com amb dotació de recursos necessaris, específicament dedicada a vetllar per l'exercici del dret d'accés.

5. Al·legacions a l'avantprojecte de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern

Tot i ser una bona notícia que el Govern espanyol hagi aprovat una proposta de regulació legal d'aquest dret, des del punt de vista del col·lectiu professional d'arxivers, hi ha nombroses mancances que fan que sol·licitem una revisió en profunditat tant de l'esperit com de la lletra d'aquest avantprojecte de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

En primer lloc, des del punt de vista de l'AAC, cal situar el dret d'accés a la informació i la documentació com un dret fonamental i per tant, regular-ho amb una llei orgànica que l'alineï amb la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (article 42) i la Convenció sobre accés a documents públics del Consell d'Europa.

En segon lloc, cal donar la rellevància que li pertocuen a l'organització dels arxius en aquest context i per tant, regular que les administracions públiques es dotin de sistemes de gestió de



documents, el que donaria un salt qualitatiu fonamental per a l'aplicació dels principis d'accés a la informació i la documentació. Sense això, el dret d'accés quedaria mancat de la principal via d'implantació i aplicació pràctica.

En tercer lloc, cal derogar la normativa sobre secrets oficials, atesa la seva naturalesa preconstitucional -la llei de secrets oficials vigent és de l'any 1968- i d'acord amb les normatives d'altres països del nostre entorn, establir terminis de descatalogació i publicació de documents secrets.

Pel que fa al redactat de l'avantprojecte de llei, la primera consideració ha de passar necessàriament per considerar l'accés la norma i no l'excepció, i seguint les recomanacions de la *Convenció sobre accés a documents públics del Consell d'Europa*, considerem que el principi ha de ser la publicitat de la informació i la documentació pública; el secret i la denegació d'accés han de ser l'excepció.

Més concretament, a l'article 1, l'objecte de la Llei hauria de ser "garantir la transparència de l'activitat pública, reconèixer i garantir el dret d'accés a la informació i la documentació de les activitats públiques".

A l'article 2, l'àmbit d'aplicació es refereix a la "Administració", però no queda clar que aquest concepte inclogui el "Govern". A més, l'accés ha de ser aplicable a qualsevol institució o entitat pública (inclosos la part no administrativa dels poders legislatius i judicials així com dels òrgans constitucionals).

D'altra banda, en aquest mateix article, pel que fa a les entitats privades que fan funcions públiques, s'hauria d'establir o especificar quines són aquestes activitats públiques. En cas contrari, es poden fomentar la confusió i l'arbitrarietat.

Al Capítol I, seria més adient el títol "Informació activa".

A l'article 5, és molt difús el redactat de quan es publicaran els avantprojectes de llei. I tampoc s'entén la raó de no publicar els projectes de reglament fins que no s'han emès els dictàmens preceptius.

A l'article 8, tal com ja hem explicat abans, el dret d'accés s'hauria de fonamentar igualment en l'article 20.1.d i 23 de la Constitució espanyola.

A l'article 9, la informació pública, a més d'aquella que s'elabora o s'adquireix, també ha de ser la "rebuda". A més, s'afegeixen excepcions que no hi són a la Constitució Espanyola com per exemple les relacions exteriors o la seguretat pública.

A l'article 10, les restriccions són tan genèriques que permeten una gran discrecionalitat i arbitrarietat per part de les administracions públiques en l'aplicació del dret d'accés.

En aquest mateix article, creiem que s'hauria d'establir l'accés potestatiu, on malgrat es pugui restringir o prohibir l'accés, sempre hi hagi la possibilitat de donar-lo de forma potestativa per motius justificats.



D'altra banda, s'hauria de contemplar un altre article on es regulés el dret de conèixer quina informació existeix, encara que no s'hi doni accés.

A l'article 11, hi ha una excessiva protecció de les dades de caràcter personal. Això que sigui necessària la consulta amb les persones afectades sense tenir en compte la ponderació entre l'interès públic i privat, pot convertir-se en un límit insalvable al dret d'accés a la informació i la documentació, tal com succeeix actualment.

A l'article 13, les excepcions són massa genèriques i poc justificades. L'exclusió de informació limita molt l'accés, especialment quan parla d'excloure la informació "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.". Segons aquest paràgraf, una part molt significativa dels documents dels expedients administratius podrien quedar exclosos de consulta.

A l'article 14, el tràmit d'accés ha de ser fàcil mitjançant sol·licitud escrita o oral, per qualsevol mitjà, en qualsevol idioma oficial i sense justificar motiu de consulta, i ràpid (si és factible, al moment o en un termini no superior a 15 dies).

A més, caldria treure del redactat "adreçar les sol·licituds a l'òrgan que tingui la informació", atès que les persones no necessàriament han de conèixer quin és l'òrgan o institució titular de la informació o la documentació.

A l'article 15, la informació restringida no pot ser sol·licitada i la seva sol·licitud és causa inadmissió. S'hauria de dir que es podran inadmetre i s'hauria d'incloure una ponderació entre el perjudici de la publicació i l'interès públic.

En el mateix article, no pot ser que els òrgans administratius desconeguin l'òrgan competent per facilitar la informació. Aquesta no pot ser una causa d'inadmissió.

A l'article 17, el termini d'un mes és excessiu. En altres ordenaments és 24 hores, amb excepcions. I la possibilitat d'allargar-ho un altre mes és igualment excessiva. La regla general, en Dret Administratiu, és que un termini és pugui allargar amb la meitat addicional d'aquest termini (1 mes + 15 dies, per exemple).

En aquest mateix article, el silenci administratiu hauria de ser positiu sempre. En cas contrari, podria desincentivar la pràctica del dret d'accés. A més, les denegacions d'accés han de ser limitades i molt ben motivades.

A l'article 18, s'hauria d'establir la importància dels arxius i dels sistemes de gestió de documents com a garants de l'exercici del dret d'accés a la informació i la documentació pública.

A l'article 19 no s'haurien de permetre nous allargaments, que resulten totalment excessius.

A l'article 20, s'haurien de preveure recursos específics en termes d'accés, amb regles i terminis igualment específics.

A l'article 21, el dret d'accés ha de ser garantit per un òrgan independent, per exemple una agència d'accés, però aquesta agència no és específica sinó que s'incorporen les funcions



d'accés a una ja creada que té altres tasques. A més, les seves resolucions no són executives ni vinculants.

També ha d'existir la possibilitat de recórrer la denegació d'accés o la no resposta, i a més, el termini d'un mes per resoldre la reclamació és excessiu. I el silenci negatiu, desincentivador per a l'exercici del dret d'accés.

A l'article 25: és poc entenedor que si es reforma el règim disciplinari, no es tipifiqui com a infracció (amb les sancions corresponents) la denegació o els impediments d'accedir a informació o documentació pública quan hi ha dret a accedir-hi. Tampoc no es preveuen sancions específiques pels casos de violació del dret d'accés a la informació i la documentació, ni per l'ocultació o destrucció de documents públics.

La regulació establerta a la disposició addicional primera sembla deixar el dret d'accés en la mateixa situació que es troba actualment, o sigui sense accés als expedients "vius", ni als documents que constin a l'arxiu d'oficina o de gestió. Únicament als arxius intermedis i als històrics. La no transferència d'expedients a l'arxiu intermedi per part de les oficines pot limitar considerablement el dret d'accés.

A la disposició addicional tercera, caldria almenys fer bilateral la previsió i que l'Estat també pugui encarregar aquestes reclamacions als òrgans autonòmics responsables (per exemple, respecte de l'Administració perifèrica).

Per últim, la disposició final primera modifica la Llei 30/1992, però de forma massa limitada i serveix per perpetuar les traves que afecten en l'actualitat al dret d'accés a la informació i la documentació pública.

Esperem que aquestes al·legacions siguin tingudes en compte i serveixin per millorar la regulació d'un dret que des del punt de vista del col·lectiu professional d'arxivers-gestors de documents, entenem que és fonamental per avançar cap a models de transparència i bon govern.

Cordialment,

Joan Antoni Jimenez
President de l'AAC

Barcelona, 4 d'abril de 2012