

La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos: tres apuntes y un problema

Manuel Andrés Navarro Atienza

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD ACTIVA Y DERECHO DE ACCESO III. EL CONCEPTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA IV. EL RÉGIMEN SANCIONADOR. V. LEY DE TRANSPARENCIA Y ARCHIVOS VI. EL PROBLEMA. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO HASTA LA ENTRADA EN VIGOR EL TÍTULO I DE LA LEY.

RESUMEN.

El objeto de este trabajo es analizar algunos aspectos de la nueva ley en relación con el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos.

PALABRAS CLAVES.

Transparencia. Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

ABSTRACT.

The object of this study is to analyse some aspect of the new law in relation to the Council of Europe Convention on Access to Official Documents.

KEY WORDS.

Transparency .Council of Europe Convention on Access to Official Documents.

I. INTRODUCCIÓN

No hay la menor duda de que la palabra “transparencia” se encuentra de moda. Se emplea en múltiples y variados sentidos. Diríase que está dotada de un poder taumatúrgico, capaz de solucionar cuantos problemas se presentan en nuestra sociedad actual.

En las siguientes líneas vamos a analizar la transparencia desde un concreto punto de vista: la actuación de los poderes públicos y el acceso a la información de la que estos disponen.

En el Boletín Oficial del Estado nº 295, de 10 de diciembre, se ha publicado la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Estas líneas tratan de abordar, siquiera de manera somera, una serie de cuestiones que nos plantea dicha Ley, de manera principal, en su relación con el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos, aprobado en Tromsø el 18 de junio de 2009.

En nuestra Comunidad Autónoma de está tramitando el anteproyecto de ley de Transparencia Pública de Andalucía, que en el momento de escribir estas líneas, se encuentra prácticamente ultimada, pendiente del informe del Consejo Consultivo de Andalucía, y cuyo texto puede consultarse en la página web <http://www.juntadeandalucia.es/transparencia/anteproyecto.html>. Si bien en este trabajo se hará referencia puntualmente a su contenido, dejaremos para otro momento un análisis en profundidad de dicho proyecto.

Nuestra pretensión se limita a poner de manifiesto una serie de reflexiones que nos ha provocado la nueva Ley así como de preocupaciones, partiendo de nuestra condición de operador jurídico, y en concreto, de aplicadores del Derecho.

Somos conscientes de que las consideraciones que vamos a exponer pueden ser discutibles, y , en consecuencia, como se suele afirmar, las sometemos a mejor criterio fundado en Derecho.

Por último, señalar que las referencias al anteproyecto de ley de Transparencia de Andalucía se harán respecto del texto que ha sido remitido al Consejo Consultivo de Andalucía.

II. TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD ACTIVA Y DERECHO DE ACCESO

Lo primero que ha reclamado nuestra atención es el propio título de la Ley, en el que se trata, como si fueran conceptos distintos, la transparencia y el acceso a la información pública.

El acceso a la información pública entra dentro del concepto de transparencia. Así lo pone de manifiesto el Convenio del Consejo de Europa, en el que en orden a la motivación, se señala: “*Considerando la importancia de la transparencia de las autoridades públicas en una sociedad democrática y pluralista*”. Piénsese que el Convenio tiene por objeto principal regular el derecho de acceso, dedicando a la publicidad activa únicamente el art. 10 (*Los documentos hechos públicos a iniciativa de las autoridades públicas*).

La propia Ley se encarga posteriormente de relativizar, cuando no de suprimir, esta presunta diferenciación entre transparencia y acceso a la información pública. Y lo hace en su parte articulada, mediante la rúbrica de su Título I, *Transparencia de la actividad pública*, Título I en el que se regula tanto la publicidad activa como el derecho de acceso a la información pública.

Diríase que ambas instituciones, publicidad activa y derecho de acceso, son las dos caras de una misma moneda: la manera de acceder a la información pública.

Información pública y acceso a la misma conforman la transparencia.

En la publicidad activa, la Administración toma la iniciativa, y publica de oficio determinada información. En el derecho de acceso, son los ciudadanos los que solicitan acceder a la información pública, ocupando la Administración una posición pasiva.

Ambas instituciones están tan íntimamente relacionadas que la propia Ley contempla la conversión de la información que en principio es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso en publicidad activa.

Así lo prevé el art. 10.2 de la Ley, al disponer que el Portal de la Transparencia incluirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente, la información de la Administración General del Estado, cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia

Otro dato de la Ley que pone de manifiesto esta consideración tanto de la publicidad activa como del derecho de acceso a la información como subconceptos dentro del concepto general de la transparencia es el sometimiento de ambos a los mismo límites, en virtud de la remisión que el art. 5.3, en sede de regulación de la publicidad activa, realiza a los límites que se establecen en el art. 14 para el derecho de acceso.

En el mismo sentido se expresa, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 19 de septiembre de 2012:

“De este modo, la Ley responde a la necesidad de establecer una regulación general y amplia en materia de transparencia, en su doble vertiente de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública, similar a la que existe en la mayoría de los países de nuestro entorno”.

Así lo ha entendido el anteproyecto de ley de Transparencia de Andalucía, no sólo en su título, sino también en su art. 1:

“Artículo 1. Objeto.

La presente Ley tiene por objeto la regulación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la transparencia en su doble vertiente de publicidad activa y de derecho de acceso, como instrumento para facilitar el conocimiento por la ciudadanía de la actividad de los poderes públicos, promoviendo el ejercicio responsable de dicha actividad y el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena”.

III. EL CONCEPTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA

El segundo dato que suscita nuestro análisis es el concepto que la Ley emplea para definir la información pública, y su aparente limitación al ámbito del derecho de acceso. En efecto, es el artículo 13 el que establece:

“Artículo 13 Información pública

Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

Sorprende que la definición del concepto de información pública, piedra angular sobre la que ha de gravitar toda la norma, no se contenga al comienzo del

Título I, relativo a la transparencia de la actividad pública, cuyo capítulo I contiene una regulación común a la publicidad activa y al derecho de acceso, aunque limitada a determinar el ámbito subjetivo.

En nuestra opinión, hubiera sido deseable una definición de la información pública común, y al margen de la forma de acceder a su conocimiento, ya sea mediante la publicidad activa, ya sea mediante en derecho de acceso, porque, como hemos sostenido, ambas son dos caras de la misma moneda.

Así lo hace el Convenio del Consejo de Europa, al ubicar la definición de documentos públicos en el art. 1 (*Disposiciones generales*), al principio de la norma, regulando en artículos posteriores el acceso y la publicidad activa, ambos referidos a los documentos públicos.. Igualmente, el anteproyecto de ley andaluza en su art. 2.a), sitúa la definición de información pública dentro de las disposiciones generales.

Al margen de las consideraciones expuestas en relación con su ubicación sistemática dentro de la Ley, contrasta, por otro lado, la propia denominación y la definición de documentos públicos, con los correlativos del Convenio del Consejo de Europa.

El concepto de documento público del Convenio se encuentra en su artículo 1.2.b):

“b) “documentos públicos” significa toda la información registrada [archivada] de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas”.

Al objeto de una mejor comprensión del alcance del concepto, consideramos oportuno reproducir este precepto en una de las lenguas auténticas en la que está redactado el convenio: en inglés.

b) “official documents” means all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities.

Lo primero que llama la atención es que en inglés no se habla tanto de documento público como de documento oficial, según la traducción literal., caracterizado por tres notas:

- Que se trate de toda información registrada de cualquier forma.
- Que se haya elaborado o recibido.

-Que se encuentre en posesión de las autoridades públicas.

Si comparamos esta definición con la del art. 13 de la Ley del Estado, se observa, en primer lugar, que frente al concepto de documento público (u oficial), la norma nacional habla de información pública. Ciertamente, el concepto información parece ser más amplio que el de documento, al menos con arreglo a la tradición de nuestro ordenamiento jurídico. Quizás con esta expresión de información pública se haya querido contrarrestar una de las críticas que se hacía al art. 37 de la Ley 30/1992, en cuanto limitaba el acceso a documentos obrantes en los expedientes.

Por otro lado, en la definición del Convenio, tras emplear como concepto el de documento público, a continuación se define como “toda información registrada de cualquier forma”.

El segundo lugar, la norma estatal establece como primera característica el que se trate de contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte. Aquí si parece emplearse el término “*documentos*” con el significado tradicional que tiene en nuestro Derecho , y por eso se sitúan en un mismo plano y como complemento los “*contenidos*”.

Pero puede prestarse a confusión, ya que el documento es una forma de constancia de la información, como veremos a continuación.

En cuanto a la referencia a “*cualquiera que sea su formato o soporte*”, se trata de una expresión que trata de comprender, sin ánimo limitativo, el requisito, por así decirlo, de la constancia de la información. En efecto, la información debe constar de alguna forma para que pueda ser accesible. Es el equivalente a lo que el Convenio llama “*registrada de cualquier forma*”.

En cuanto al siguiente requisito, lo que en el Convenio es “*elaborada o recibida*”, en el art. 13 de la Ley es “*que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones*”.

En nuestra opinión, hubiera sido preferible emplear el término “*recibidos*” en vez de “*adquiridos*”, porque desde un punto de vista técnico jurídico la adquisición aparece ligada en nuestro ordenamiento jurídico a un cambio en la titularidad de un derecho, de manera principal el derecho de propiedad. Creemos que hubiera sido mejor emplear el término “*recibido*”, ya que del término “*adquiridos*” podría desprenderse un requisito adicional para considerar que la información es pública. Al situar el ámbito de aplicación del concepto en la mera recepción de la información (y no en la adquisición de la misma), se clarifica el concepto median-

te un acto objetivo desprovisto de toda consecuencia jurídica o valoración jurídica: recibir.

El último requisito de la definición de la Ley estatal es que “*obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título*”, lo que en el Convenio es “*en posesión de las autoridades públicas*”.

Nos encontramos ante un requisito en el que no parecen existir divergencias entre ambas normas. Cuestión distinta es la determinación del ámbito subjetivo que se contiene tanto en el Convenio como en la Ley.

Comenzando por el Convenio, para determinar qué haya de entenderse por autoridad pública, debemos acudir al art. 1.2., donde se distinguen dos conceptos: un concepto de autoridad pública en sentido estricto, y que necesariamente ha de resultar de aplicación en aquellos Estados que pretendan firmar o ratificar el citado Convenio; y otro en sentido más amplio, dejando a la voluntad del Estado firmante el que se amplíe a otros sujetos o bien a otro tipo de actividades que ejercen los sujetos incluidos en el concepto estricto.

El concepto de autoridades públicas en sentido estricto abarca, según el art. 1.2. a) i) del Convenio:

“a) i) “*autoridades públicas*” significa:

- 1) *el gobierno y administración a nivel nacional, regional y local;*
- 2) *los organismos legislativos y autoridades judiciales, en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia;*
- 3) *las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa.*

Por su parte el concepto de autoridades públicas más amplio se recoge en el art. 1.2. a) ii) del Convenio:

ii) *Cada Parte, a la hora de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración enviada al Secretario General del Consejo de Europa, puede declarar que la definición de “autoridades públicas” también incluye a una o más de las siguientes:*

- 1) *organismos legislativos en lo que concierne al resto de sus actividades;*
- 2) *autoridades judiciales en lo que concierne al resto de sus actividades;*

3) *personas naturales o jurídicas que realizan funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos, según la normativa nacional propia.*

Dos circunstancias han llamado nuestra atención de la Ley estatal en relación con el Convenio.

En primer lugar el alcance del sometimiento de la actividad de los organismos legislativos y autoridades judiciales. Según el Convenio deben someterse al derecho de acceso en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia. Y podrían someter igualmente el resto de sus funciones si así lo decide el Estado al firmar el Convenio.

La Ley estatal dispone en su art. 2, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, 1 f), que el Congreso de los Diputados, el Senado, el Consejo Judicial del Poder Judicial, entre otras instituciones, y las instituciones autonómicas análogas, se someten al régimen previsto en el Ley “*en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo*”.

En consecuencia, la Ley estatal ha traducido “*funciones administrativas*” como “*actividades sujetas a Derecho Administrativo*”.

Consideramos que esta equiparación no es adecuada, y que es restrictiva frente a lo que dispone el Convenio. Debe tenerse en cuenta que los Convenios entre Estados tratan de emplear una terminología que sea adecuada y aplicable a distintos ordenamiento jurídicos, con independencia de su sistemática y estructura. Es en este contexto en el que debe entenderse la expresión “*funciones administrativas*”. En consecuencia, las funciones administrativas a las que se refiere el Convenio deben traducirse como funciones de gestión, distintas de las políticas (en el caso de los Parlamentos) o jurisdiccionales (en el caso del poder judicial). No toda actividad de gestión de esta instituciones se sujeta al Derecho Administrativo.

Piénsese en distintos sectores de actividad de estas instituciones en los que, con independencia de la existencia de posibles actos separables, el régimen aplicable a las relaciones es de derecho privado (contratos de personal laboral, contratos patrimoniales, etc). Y ello con independencia de que dentro de lo que es el Derecho Público, el Derecho Administrativo sólo es una parte (al menos así se estructuraban los planes de estudio), de manera que existe también el Derecho financiero, el Derecho presupuestario, etc...

En consecuencia, hubiera sido preferible que la norma estatal hiciera referencia bien a las funciones administrativas, como el Convenio, bien a una defini-

ción negativa, quedando sometidas a la ley dichas instituciones en todas aquellas funciones que no fueran políticas o jurisdiccionales respectivamente.

En cualquier caso, y los efectos del debido cumplimiento del Convenio, proponemos una interpretación amplia de lo que haya de entenderse como actividad sujeta al Derecho Administrativo, que abarque, en el sentido apuntado, a cualquier función de gestión.

En segundo lugar, también llama la atención el distinto tratamiento que se da a las personas físicas y jurídicas.

El Convenio distingue entre “*las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa*” (que han de quedar sometidas al Convenio en todo caso), y “*las personas naturales o jurídicas que realizan funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos, según la normativa nacional propia*” (que pueden también quedar sometidas al Convenio si así lo decide el Estado).

Al margen de la polémica surgida durante la tramitación parlamentaria de la Ley sobre la inclusión de partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y otras organizaciones, finalmente plasmada en la incorporación del actual art. 3, nos centraremos en el art. 4, que establece una obligación de suministro de información para aquellas personas físicas o jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores, que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, así como de los adjudicatarios de contratos del sector público.

Obviamente, el precepto está pensando en personas físicas o jurídicas ajenas a la Administración, es decir, en particulares. Esto es así porque las entidades instrumentales de la Administración ya están incluidas en el art. 2 (respondiendo al concepto estricto de autoridad pública del Convenio). Esto plantea el problema de si resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio por particulares de potestades administrativas, cuestión que ha de resolverse en sentido negativo (piénsese que incluso los entes instrumentales de derecho privado de la Administración tienen vedada esa posibilidad).

En consecuencia sólo cabe entender que cuando la norma estatal hace referencia a “*potestades administrativas*” realmente está empleando esta expresión en un sentido amplio e impropio, por lo que hubiera sido preferible el que utilizara los términos del Convenio, “*realizar funciones públicas*”.

Por ello el anteproyecto de ley andaluz emplea otra expresión en su art.4.1. : “*ejercen funciones delegadas de control u otros tipos de funciones administrativas*”. De esta manera la norma andaluza entronca directamente con el Convenio del Consejo

de Europa, donde distingue, como ya vimos, entre aquellas personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa (que necesariamente forman parte del concepto de autoridad pública); y las personas naturales y jurídicas que realicen funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos (que pueden merecer la condición de autoridad pública si así lo expresa el Estado signatario).

IV. EL RÉGIMEN SANCIONADOR

El art. 2 del Convenio, que lleva por rúbrica “*Derecho de acceso a los documentos públicos*”, en su apartado 2 establece que “*Cada Parte tomará las medidas necesarias en su ordenamiento jurídico para hacer cumplir las previsiones sobre acceso a documentos públicos previstas en este Convenio*”.

Se trata de una previsión tendente a garantizar el ejercicio del derecho. Sabido es que uno de los mecanismos adecuados para lograr la efectividad de un derecho es el establecimiento de un régimen sancionador, con su doble función preventiva y represiva de los incumplimientos de la norma.

Tan es así que aquellas normas que carecen de un régimen sancionador reciben el calificativo de normas imperfectas.

Hemos de señalar que una de las principales críticas que recibió el proyecto de ley del Estado fue la ausencia de un régimen sancionador. Así lo señaló el Consejo de Estado en su Dictamen:

“...pueden mermar seriamente la eficacia real del referido derecho, circunstancia esta que se acentúa como consecuencia de la falta de tipificación de un régimen de infracciones y sanciones propio y específico en la materia. Debería por ello valorarse la conveniencia de definir con mayor precisión los límites y excepciones a este derecho, ya que, en su formulación actual, la apreciación de su concurrencia se hace depender en demasía del criterio subjetivo y discrecional del órgano en cada caso competente. Asimismo, podría introducirse en el título I un régimen sancionador que permitiera reprimir las conductas contrarias a las normas de transparencia que el anteproyecto recoge. Esta recomendación responde a la necesidad de reforzar el carácter imperativo que las normas de la proyectada Ley poseen, atendiendo al modo en que se encuentran formuladas, pues para que un mandato sea auténticamente obligatorio es necesario prever las consecuencias que en cada caso hayan de derivarse de su incumplimiento”.

En el proyecto de Ley remitido a las Cortes el régimen sancionador se limitaba a indicar en el art. 17.6 (actual art. 20.6), en sede de la regulación del derecho de acceso, que “*El incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la*

consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.

Durante su tramitación parlamentaria, se incorporó a la Ley el art. 9, en sede de publicidad activa:

“Artículo 9. Control.

1. El cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este capítulo será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

2. En ejercicio de la competencia prevista en el apartado anterior, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan.

3. El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas . en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.

Son dos las infracciones tipificadas en la Ley, el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de derecho de acceso, y el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa.

Este régimen sancionador plantea una serie de interrogantes:

En primer lugar, es un régimen escueto, desde varios puntos de vista. Carece la Ley de un Título específico regulador de un completo régimen sancionador, con un cuadro de infracciones, sanciones, procedimiento y cuestiones complementarias, que contrasta con el régimen previsto para el Buen Gobierno en el Título II.

En segundo lugar, respecto de los sujetos infractores, parece que hace recaer la responsabilidad en quienes tienen la obligación de resolver las solicitudes de acceso y la obligación de publicar la información que ha de ser objeto de publicidad activa. Se trata de supuestos de personas situadas al final del procedimiento, dejando indemnes conductas de personas que han de actuar en fases precedentes.

En tercer lugar, se remite a la aplicación del régimen disciplinario previsto en

la correspondiente normativa reguladora, desconociendo la existencia de personas que no están sometidas a un régimen de esta naturaleza en sus relaciones con la Administración o con las distintas entidades que conforman el ámbito subjetivo de la Ley.

Y en cuarto lugar, parece olvidar que en la ley se establecen una serie de obligaciones para personas ajenas a la Administración. Así el art. 4 establece la obligación de las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos, ejerzan potestades administrativas o resulten adjudicatarios de contratos, de suministrar, previo requerimiento, a la Administración y demás entidades obligadas la información que precisen para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Título I.

En el anteproyecto de ley andaluz se ha incorporado, durante su tramitación, un Título VI que regula un régimen sancionador.

V. LEY DE TRANSPARENCIA Y ARCHIVOS

Otra de las cuestiones que ha requerido nuestra atención han sido las modificaciones que ha sufrido el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, durante su tramitación parlamentaria en relación con la aplicación de la nueva normativa a los archivos.

La relación ente la nueva normativa y la normativa sobre archivos se encuentra regulada en la disposición adicional primera.

Esta disposición, en el proyecto de ley presentado por el Gobierno, (Boletín General de las Cortes Generales Serie A nº 19-1-, de 7 de septiembre de 2012, página 19), disponía:

“Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública.

- 1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.*
- 2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.*
- 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, esta Ley será de aplicación, en lo no*

previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental, a la destinada a la reutilización y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión”.

En consecuencia, las disposiciones del proyecto de ley sólo eran aplicables, en principio, a la información obrante en los denominados archivos de oficina o de gestión. El resto de los Archivos continuarían rigiéndose por su normativa específica, aplicándose la nueva ley supletoriamente sólo en aquellos aspectos no regulados en su normativa específica.

En definitiva, se establecía el criterio del lugar donde se encontrara la información para aplicar una u otra norma.

La redacción de esta disposición fue modificada durante su tramitación en el Congreso de los Diputados. El texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado señala (Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 236, de 20 de septiembre de 2013, página 23):

“Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública.

1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.

3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización”.

Como puede apreciarse, ha desaparecido toda referencia a los archivos de oficina o de gestión, lo que, prima facie, parece evidenciar que las disposiciones de la nueva ley serán de aplicación a la información obrante en cualquier tipo de archivos.

No obstante, profundizando en el estudio de la cuestión, podemos analizar el iter seguido por el proyecto de ley en su tramitación en el Congreso.

Se presentaron dos enmiendas al apartado 3 de la disposición adicional pri-

mera del proyecto: la enmienda nº 498 del G.P. Socialista y la enmienda nº 534 del G.P. Popular (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A Núm. 19-3, 2 de julio 2013, pág. 293: índice de enmiendas).

Según la enmienda 498 del G.P. Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A Núm. 19-3, 2 de julio de 2013, pág. 260):

“ENMIENDA NÚM. 498

FIRMANTE: Grupo Parlamentario Socialista

A la disposición adicional primera, apartado 3

De supresión.

Se propone la supresión en el apartado 3 de la disposición adicional primera, del siguiente inciso: «y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión.»

MOTIVACIÓN

La ley no debe remitir a la regulación específica de los archivos históricos ya que la Ley de Patrimonio Histórico Español considera que el patrimonio documental lo integran todos los documentos públicos desde el mismo momento en que se generan. Por tanto, a estos efectos no se deben distinguir los archivos históricos de los de oficinas y gestión”.

Y la enmienda 534 del G.P. Popular (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A Núm. 19-3, 2 de julio de 2013, pág. 279):

“ENMIENDA NÚM. 534

FIRMANTE: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso

A la disposición adicional primera, apartado 3

De modificación.

El apartado 3 de la disposición adicional primera queda redactado de la siguiente forma:

«3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización.»

JUSTIFICACIÓN

Se unifica el acceso a la información sin diferenciar entre el tipo de archivo en el que se encuentre, garantizando así la igualdad en el acceso independientemente de la ubicación de la información”.

Ambas enmiendas responden pues al mismo fin: establecer un tratamiento unitario del acceso a la información con independencia del archivo en el que se encuentre dicha información.

Siguiendo con nuestro análisis, podemos reproducir la comparecencia en el Congreso de los Diputados de la señora presidenta de la Asociación de Archiveros en la Función Pública (de Andrés Díaz), en la que realizó una serie de consideraciones sobre la disposición adicional primera en su redacción originaria

Según consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2013, X LEGISLATURA, Núm.290, página 1 y siguientes :

“Segunda precisión técnica, los tipos de archivos. Nos preguntamos por qué esta ley solo afecta a los archivos de gestión o de oficina. (...)

Vistas esas imágenes, virtualmente, hablemos sobre el ámbito objetivo de aplicación de esta ley y la tan desafortunada previsión de la disposición adicional primera, que recalco. Conforme a ella, se rige por su normativa específica el acceso a la información obrante en archivos que no sean de gestión o de oficina. Es sumamente desafortunada por los siguientes motivos, dos: primero, porque lo que importa es la información, independientemente de cómo sean de antiguos o de recientes los documentos que sirven de prueba o qué fase de su ciclo vital o en qué tipo de archivo se encuentren. La documentación en sí no es administrativa o histórica, es su uso el que es administrativo o histórico. En la misma documentación pueden unirse las dos características. Pongamos ejemplos, los documentos sobre vías pecuarias conservados en el Archivo Histórico Nacional tienen doble uso, el de quien estudia la trashumancia en el siglo XVII y el de quien intenta demostrar la invasión de un dominio público en un juicio. Los planos de una estación de ferrocarril en la República Dominicana construidos por el Ministerio de Fomento en el siglo XIX

tienen un doble uso, el de los propios dominicanos que quieren documentar su historia, y también el del estudio de arquitectos al que se le encarga la remodelación del edificio para convertirlo en un centro comercial. Los documentos sobre los saharauis tienen un doble uso, el del historiador que estudia la presencia de España en África, y el de la ONU si quiere convocar un referéndum de autodeterminación.

La falta de una política de gestión documental adecuada nos ha conducido a que información de las mismas fechas y contenidos se encuentre repartida tanto en archivos de oficina como centrales, generales, intermedios e históricos. Como esa política no ha existido, ha funcionado el azar y las circunstancias. ¿Cuáles son? La abundancia o falta de espacio, los traslados de edificios, la negligencia -o diligencia- de los gestores públicos, etcétera. Hacer depender el alcance del derecho de los ciudadanos según en qué tipo de archivo obre la información a la que van a intentar acceder parece un sinsentido. ¿Por qué algunas solicitudes de información, en función del archivo en el que obren, se van a regir por una normativa de transparencia o por una normativa específica de archivos estatal o autonómica? En segundo lugar, las denominaciones de los distintos tipos de archivos en la Administración General del Estado en las comunidades autónomas pueden variar según las legislaciones y las prácticas, y pueden surgir problemas de concepto y problemas de aplicación. La ley no aclara con precisión, sino que plantea dudas sobre cuál es el régimen de los archivos centrales.

En conclusión, ya que han emprendido la tarea legislativa de sustituir el artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo por una ley de transparencia, lo que se encuentra acorde con el derecho comparado, es que esta ley regule el acceso a cualquier tipo de información obrante en cualquier tipo de archivos, incluidos los históricos”.

Como puede comprobarse, en esta comparecencia se abogó por establecer un régimen unitario de acceso a la información.

En cualquier caso, debemos señalar igualmente que la regulación con carácter general del acceso a la información pública en la ley de transparencia responde mejor a las exigencias del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

En efecto, dicho Convenio regula el acceso a esos documentos con independencia de su ubicación en uno u otro tipo de archivos, entendiéndose que por encima de su ubicación física, se encuentra el derecho de los ciudadanos a acceder a los mismos.

VI. EL PROBLEMA. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO HASTA LA ENTRADA EN VIGOR EL TÍTULO I DE LA LEY

Sabido es que el derecho de acceso a los Archivos y Registros se contempla en nuestra Constitución en su art. 105 b), en cuya virtud:

“Artículo 105

La ley regulará:

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

Este derecho fue regulado con carácter general por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en particular por su art. 37. Al objeto de calibrar la importancia de la cuestión que vamos a abordar parece oportuno que recordemos el contenido de este precepto:

Artículo 37. Derecho de acceso a Archivos y Registros.

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completadas, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las

Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.

b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

6. Se regirán por sus disposiciones específicas:

a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.

b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.

c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.

d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.

e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.

f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.

g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el ac-

ceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración.

El artículo 37 desarrolla directamente el art. 105 de la Constitución, estableciendo los requisitos de acceso, las restricciones al acceso, los límites, la remisión a normas sectoriales, cómo se ejerce el derecho, qué conlleva y otras cuestiones conexas.

Con independencia de las críticas que ha sufrido este precepto, lo cierto es que contenía un régimen jurídico que posibilitaba el ejercicio del derecho.

Ahora bien, el art. 37 de la Ley 30/1992, en su redacción vigente dispone:

“Artículo 37. Derecho de acceso a la información pública.

Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación”.

Es la disposición final 1.2. de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno la que da nueva redacción al art. 37 de la Ley 30/1992.

Se trata de una norma de remisión, por lo que el derecho de acceso a los archivos y registros ya no se regula en la Ley 30/1992, sino en la Ley 19/2013.

Si acudimos a la Ley 19/2013, su disposición final novena dispone:

“Disposición final novena. Entrada en vigor.

La entrada en vigor de esta ley se producirá de acuerdo con las siguientes reglas:

- Las disposiciones previstas en el título II entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*
- El título preliminar, el título I y el título III entrarán en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*
- Los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley.*

Es el Título I de la Ley el que regula la transparencia de la actividad pública. Su capítulo III contiene la regulación del derecho de acceso a la información pública, que como acabamos de exponer, no está en vigor.

A modo de recapitulación: en el momento en que estamos escribiendo estas líneas, el acceso a los archivos y registros carece de una regulación de carácter general (al margen de la que existe en normas sectoriales), ya que las normas a las que remite el art. 37 de la Ley 30/1992, no se encuentran en vigor.

Estos cambios normativos nos sitúan ante el problema de si ese derecho de acceso a los archivos y registros, constitucionalmente reconocido, pero con una remisión a la ley para que lo regule, ha quedado, por decirlo de alguna manera, en suspenso hasta que entre en vigor la regulación contenida en el Título I de la Ley 19/2013.

No parece necesario resaltar la enorme trascendencia de esta cuestión desde el punto de vista del derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros, derecho, insistimos, constitucionalmente reconocido en el art. 105, sin perjuicio de su posible entronque con los derechos fundamentales.

La trascendencia del problema que se plantea demanda en nuestra opinión una rápida respuesta del legislador que mantenga la vigencia del art. 37 de la Ley 30/1992 en su redacción anterior hasta que entre en vigor el Título I de la Ley 19/2013.

En tanto se produce esa reacción, lo cierto es que a los aplicadores del derecho se nos presenta este problema, cuya solución, vía aplicación de los criterios hermenéuticos de interpretación, podría ponerse en cuestión, habida cuenta del principio general expresado en el brocardo latino “in claris non fit interpretatio”.

Para resolver la cuestión, determinando cual es el régimen jurídico aplicación a éste derecho, podemos acudir a dos soluciones extremas: bien entender que la nueva regulación del derecho de acceso ya se encuentra en vigor, pese a lo dispuesto en la disposición final novena de la Ley 19/2013; o bien entender que sigue subsistente la redacción anterior del art. 37 de la Ley 30/1992, o al menos que la solicitud debe resolverse con arreglo a lo dispuesto en el mismo, pese a lo dispuesto por la disposición final 1.2. de la Ley 19/2013.

Entre ambas posibilidades nos inclinamos por la segunda. En efecto, el establecimiento de un régimen diferido en el tiempo de entrada en vigor puede responder, entre otros supuestos, a la necesidad de realizar las oportunas actuaciones durante ese periodo para la efectividad de la nueva normativa. Este es el caso del título I de la Ley 19/013, pues tal como confiesa su Exposición de Motivos en su párrafo final “*Por último, la Ley prevé una entrada en vigor escalonada atendiendo a las especiales circunstancias que conllevará la aplicación de sus diversas disposiciones*”.

En efecto, la necesidad de poner en marcha el portal de la transparencia (art. 10); o la constitución del órgano que ha de conocer de las reclamaciones (art. 24 en relación con la disposición adicional cuarta), entre otras circunstancias, han llevado al legislador a establecer una *vacatio legis* de distinta duración en función de las Administraciones afectadas.

Siendo ello así de manera explícita, cabe sostener, al menos de principio, y en una interpretación tendente a garantizar la efectividad del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros, que no ha sido la intención del legislador dejar huérfano de toda regulación dicho derecho de acceso durante ese periodo de tiempo. En consecuencia, cabría interpretar la disposición final novena en relación con la disposición final primera en el sentido de que , pese a su literalidad (que no ofrece mayores dudas ,dada su claridad), no entraría en vigor mientras no lo haga el Título I, regulación a la que se remite.

Por último, no está de más recordar la importancia de la técnica legislativa en relación con la redacción de las normas, al objeto de evitar eventualidades como la presente.