



Abogado: no
sin tu tablet

PÁGINA 11

La cara y la cruz:
Responsabilidad patrimonial,
¿seguro a todo riesgo?

PÁGINA 2

El necesario
renacer de la
Justicia

PÁGINA 9



Jueves, 26 de abril de 2012, Año XXI, número 841

Director: **Javier Moscoso del Prado**
Director Adjunto: **Iker Roldán Aguirre**

ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Las opacidades de la transparencia



El pasado 26 de marzo se presentó el anteproyecto de ley que busca ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública y reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información, así como establecer las obligaciones del buen gobierno, pero del análisis que del texto hace **Ana Marzo** se puede ya vislumbrar que no todo es tan transparente como su título y que las limitaciones al «derecho a saber» van a conllevar inseguridad jurídica y falta de armonización con otras normas.

PÁGINA 8

PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

Amnistía fiscal, ¿un premio para defraudadores arrepentidos?

Juan Calvo Vérguez cuestiona la medida aprobada por el Real Decreto-Ley 12/20012 que regula, entre otras medidas, un procedimiento de «regularización» para que aquellos contribuyentes que voluntariamente opten por ponerse al día en obligaciones que tenía con Hacienda pendientes desde hace tiempo. Estas facilidades que se otorgan a estos incumplidores hace cuestionarse la justicia de este tipo de medidas.

PÁGINA 3

Los 30 días de «vacaciones» para las notificaciones electrónicas tributarias

por **Antonio Cubero Truyo** PÁGINA 7



Y además...

OPINIÓN

Ley 40\1998 y
TC: 13 años de
relación

por **Eugenio Simón Acosta**

PÁGINA 3

ANÁLISIS



Ludopatía y
responsabilidad
penal

M^e Jesús Raimundo analiza la jurisprudencia para determinar si este trastorno de la conducta debe ser tratado a la hora de la imputabilidad por parte de los sujetos que lo padecen al cometer un delito como una atenuante o como una eximente de su responsabilidad penal.

PÁGINA 5

Derecho a la
competencia: CE
Vs Autoridades
nacionales

por **Teresa Lorca**

PÁGINA 6

SUMARIO

- OPINIÓN..... 2
- INFORMACIÓN 4
- ANÁLISIS..... 5
- NUEVAS TECNOLOGÍAS..... 11
- CRÓNICA DE TRIBUNALES 12
- CRÓNICA LEGISLATIVA 14
- TELARAÑA 15
- LA CONTRA 16

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

Los límites legales a un gobierno transparente

Ana Marzo Portera.
Socio EQUIPO MARZO.

El pasado 26 de marzo de 2012 se presentó por el Gobierno el «Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno» cuyo objeto es –según dispone el propio texto– *ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.*

La exigencia de publicidad de la actuación de los poderes públicos es un derivado del principio democrático sobre el que se funda la legitimidad del ejercicio del poder el cual tiene hoy reconocimiento en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituyéndose así como un derecho fundamental cuyo desarrollo se encuentra en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (actualmente en proceso de revisión tras la «Iniciativa europea a favor de la transparencia» de 5 de noviembre de la Comisión con el fin de dar un impulso para una «mayor transparencia»).

Asimismo, existe un común acuerdo de algunos Estados Miembros en la importancia de la transparencia en la actuación de las autoridades públicas que ha impulsado la adopción por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa del Convenio Europeo sobre Acceso a los Documentos Públicos de 27 de noviembre de 2008, abierto a la firma de los Estados miembros el 18 de junio de 2009. Este Convenio constituye el primer instrumento jurídico internacional vinculante que reconoce un derecho general de acceso a los documentos públicos y establece unas normas de mínimos inspiradas en las experiencias y prácticas de las legislaciones estatales.

El Convenio, junto con la Recomendación Rec (2002)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre acceso a los documentos públicos parten del convencimiento de que, al garantizar el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos, se dota a los ciudadanos de una fuente de información que contribuye a formar opinión sobre los problemas de la sociedad y el comportamiento y la actividad de las autoridades públicas, de forma que se favorece la integridad, el buen funcionamiento, la eficacia y la responsabilidad de estas, todo lo cual juega en incremento de su legitimidad.

En este contexto, el anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante «el anteproyecto») publicado el pasado 26 de marzo no reconoce expresamente el derecho de acceso a la información pública, o ya coloquialmente denominado «derecho a saber» como un derecho fundamental, con lo cual queda debilitado por un lado, el derecho fundamental a recibir libremente información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española –un derecho del que depende la posibilidad misma de la existencia de opinión pública– y por el otro lado, la posibilidad de los ciudadanos de conocer mejor y vigilar el ejercicio de las potestades, la prestación de los servicios y el empleo de los recursos públicos puesto que, en la colisión del «derecho a saber» con otros derechos fundamentales evidentemente el primero quedará en detrimento de los segundos.



Por otro lado, aunque el anteproyecto determina que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán «información relevante» en sus sedes electrónicas o páginas web, es preciso diferenciar el derecho a saber de los ciudadanos del derecho de éstos a relacionarse con las administraciones por medios electrónicos contemplado en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, derecho este último cuyo ejercicio depende no obstante, de que las administraciones estén dotadas de los medios y sistemas electrónicos. En definitiva, el derecho de acceso a la información es un derecho que cualquier ciudadano debe hacer valer ante las Administraciones Públicas con independencia de que éstas tengan disponibles o no sus webs y sedes electrónicas.

Pero quizás, lo más determinante del verdadero derecho a saber de los ciudadanos regulado en el anteproyecto encuentra en el análisis de las exclusiones, los límites y las excepciones propuestas por el futuro texto legal.

Entre las exclusiones es preciso destacar que el derecho de acceso propuesto por el anteproyecto refiere únicamente el ejercicio de este derecho a la denominada «información pública» la cual es definida como toda aquella que obre poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma

que haya sido elaborada o adquirida en el ejercicio de sus funciones públicas, siempre y cuando «no 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». Así, la propia definición de «información pública» excluye del ejercicio del derecho a saber de los ciudadanos las materias señaladas.

Como límites propiamente dichos (cuya aplicación debe ser justificada y proporcionada a la finalidad de protección perseguida) el anteproyecto señala expresamente los siguientes:

- La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
- Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.
- Los intereses económicos y comerciales.
- La política económica y monetaria.
- El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.
- La protección del medio ambiente.

Sin embargo, y aunque el anteproyecto no incluye la protección de los datos personales como un límite,

en la práctica el tratamiento de los datos personales de los individuos podrá constituir una prohibición de acceso a la información, a la vista de la regulación realizada.

Así, con carácter general y, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales sobre el interés público en la divulgación que lo impidan, se concederá el acceso a información que contenga datos vinculados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

No obstante, cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal, si los datos son especialmente protegidos (es decir, los relativos a ideología, religión o creencias, afiliación sindical, origen racial o étnico, a la salud y a la vida sexual) se denegará el acceso salvo que el titular de los datos consienta expresamente y por escrito su divulgación.

Y cuando se trate de una solicitud de acceso a información que contenga datos personales que no tengan la consideración de especialmente protegidos, el acceso solo procederá si, previa ponderación suficientemente razonada, el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido.

Pero además, la propuesta normativa establece como «causa de inadmisión» de la solicitud de acceso, el hecho de que la solicitud afecte a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución.

Y por último, nos encontramos con las llamadas «excepciones» al derecho de acceso, contempladas como aquellas solicitudes que se refieran a información (i) que esté en curso de elaboración o de publicación general y; (ii) 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.

Visto lo anterior, es preciso mencionar además que, las exclusiones, límites y excepciones descritos no difieren mucho de los ya contemplados en otras normas vigentes de nuestro ordenamiento como son 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, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso. Estas dos últimas, si bien no regulan «como tal» el derecho de acceso a la información pública sí pretenden garantizar la puesta a disposición de terceros de determinada información obrante en las administraciones públicas.

En definitiva, lejos de traer seguridad jurídica para garantizar la efectividad del derecho de acceso de los ciudadanos, de una primera valoración del texto se concluye que el anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno no resuelve la armonización de este «derecho a saber» con otras normas vigentes de nuestro ordenamiento.

Lo más determinante regulado en el anteproyecto se encuentra en el análisis de las exclusiones, los límites y las excepciones

