

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. UNA PERSPECTIVA COMPARADA

MANUEL FONDEVILA MARÓN
CONNIE NEIRA GÓMEZ*

RESUMEN

Este artículo estudia de forma detallada el Derecho de Acceso a la Información, como derecho singular que completa el derecho de participación ciudadana en las democracias avanzadas. Realiza un estudio comparado de dicho derecho, analizando cómo ha sido tratado desde el punto de vista legal y convencional en las diferentes regiones o países. Nos centramos con posterioridad en el estudio concreto del caso español, de la mano del anteproyecto de ley, y la sentencia de 22 de octubre de 2009.

Palabras clave: Derecho de acceso; derecho a la información; democracia; buen gobierno; administraciones públicas.

ABSTRACT

This article examines in detail the Right of Access to Public Information, as a singular right, that completes the right of citizens participation in advances democracies. Make a comparative revision of this right, explaining how the right has been treated in legal and conventional texts in different communities. We focus later in the Spanish context, paying attention to the Draft bill and October 22, 2009 Legal Statement.

Key words: Right of access; right of information; democracy; good governance; public administrations.

* Manuel Fondevila es investigador predoctoral de Derecho Constitucional en la Universidad de La Coruña (España). Tiene un Máster en Derecho: especialidad en Estudios de la Unión Europea. Connie Neira es abogada mercantil e internacional. Tiene un Máster en Derecho Internacional de los Negocios.

Los epígrafes I, II y IV deben ser imputados en su totalidad a Manuel Fondevila, mientras que los epígrafes III, V y VI son responsabilidad de Connie Neira.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA ACTUALIDAD

Una democracia avanzada¹ requiere que la actuación de las administraciones públicas se rija por el principio de buen gobierno, y ello exige, entre otras cosas, y por obvio que pueda resultar, la participación de los ciudadanos en las instituciones públicas, puesto que, como afirma el profesor J. Rodríguez-Arana:

“La participación ciudadana se configura como objetivo de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia y, por ello, ocupa un lugar sobresaliente entre los parámetros del buen gobierno y de la buena administración. Una actuación pública que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir”².

Ahora bien, resulta igualmente obvio que esta participación, para desplegar todo su potencial democrático, debe ser una participación informada, es decir, los ciudadanos deben estar al tanto de los asuntos públicos y para ello deben procurarse información que procederá, en muchos casos, de medios de comunicación convencionales, ya sean de titularidad pública o privada, pero otras veces requerirá, necesariamente, el acceso a informaciones que obran en poder de las que hoy por hoy son las mayores depositarias de información: las administraciones públicas³. En el primer caso nos encontramos en el marco del clásico derecho a la información que recogen la mayoría de constituciones democráticas⁴, que –como recuerda el profesor J. Pérez Royo– fue uno de

¹ Sobre el significado de esta noción, cfr. LUCAS VERDU, Pablo, “Constitución española de 1978 y Sociedad Democrática Avanzada”, en: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 10 (1981), pp. 7-45, y TAJADURA TEJADA, Javier, “La Noción de Sociedad Democrática Avanzada en la Constitución de 1978”, en: *Sistema*, Nº 147 (1998), pp. 27-52.

² Cfr., RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El Buen Gobierno y la Buena Administración de las Instituciones Públicas. Adaptado a la Ley 5/2006 de 10 de Abril*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 40.

³ Cfr. GUICHOT REINA, Emilio, “El Nuevo Derecho de Europeo de Acceso a la Información Pública”, en: *Revista de Administración Pública*, Nº 160 (2003), p. 283.

⁴ En lo que no pretende ser una relación exhaustiva citaremos el artículo 20 de la Constitución española de 1978, el artículo 21 de la Constitución italiana de 1948, el artículo 37 de la Constitución portuguesa de 1976, el artículo 5 de la Constitución de Alemania de 1949, y también el artículo 19 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 a este lado del Atlántico, mientras que igualmente se reconoce dicho derecho en la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, el artículo 60 de la Constitución mexicana de 1917, el artículo 58 de la Constitución de Venezuela de 1999, el artículo 106 de la Constitución de Bolivia de 2009 y artículo 81 de la Constitución de Ecuador de 1999.

los primeros derechos en surgir dentro del constitucionalismo occidental de los siglos XVIII y XIX⁵ y que implica, siguiendo al profesor J. Carpizo: a) el derecho a atraerse información, b) el derecho a informar, y c) el derecho a ser informado⁶. Este derecho, como es bien sabido, se protege constitucionalmente sujetándose a unos límites, como que la información sea veraz⁷ y oportuna, con el consiguiente derecho de rectificación⁸ por parte de aquellos que devengan protagonistas de una noticia que consideran inexacta, y con la siempre difícil ponderación, caso de conflicto judicial, entre este derecho y el derecho al honor⁹. Ahora bien, con todo, la regulación constitucional de este derecho –como hemos dicho, tan antiguo– no debe hacernos pensar, per se, y sobre todo en una sociedad globalizada como la nuestra, que ese objetivo de que el ciudadano piense y actúe rectamente es consecuencia de estar bien informado se realice efectivamente en la práctica. Al contrario, un somero análisis de esa tensión siempre latente entre teoría y realidad nos llevaría a la fácil conclusión de que un ciudadano medio encuentra serias dificultades para mantenerse bien informado y poder, por tanto, mantener una opinión fundada sobre los asuntos de trascendencia pública. En primer lugar, como comprueba fácilmente cualquiera que ojee las portadas de varios periódicos el día después de un suceso polémico, el tratamiento de los medios (normalmente parte de grupos de información con un capital social multimillonario y por lo tanto respon-

⁵ Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, “El Derecho a la Información”, en: *Boletín de la ANABAD*, tomo 49, Nº 3-4 (1999), p. 20.

⁶ Cfr. CARPIZO MCGREGOR, Jorge, “Constitución e Información”, en: HERNÁNDEZ, Antonio María y VALADÉS, Diego (coords.), *Estudios sobre el Federalismo, Justicia, Democracia y Derechos Humanos. Estudios en Homenaje a Pedro J. Frías*, México, IJ-UNAN, 2003, p. 28.

⁷ Sobre la veracidad, en España, nuestro supremo intérprete constitucional tiene aclarado en la STC 6/1988, F J 5º, que ello no implica que sea una información absolutamente probada en juicio, por lo que cabe el error en las informaciones cuando haya habido por parte del medio un mínimo deber de diligencia en la contrastación de la noticia, pues lo que no ampara el derecho a la información es la transmisión como hechos de lo que no pasa de ser un mero rumor. Si se exigiese en todo caso la absoluta certeza, ello condenaría al medio, dice el Tribunal, al silencio en la mayor parte de los casos.

⁸ También solo por lo que respecta a España, la STC 35/1983, F J 4º, desarrolló el contenido constitucional del derecho de rectificación como un derecho de los particulares a la rectificación de datos (no de opiniones que asume totalmente su autor) que considere lesivos para sus derechos propios. Un derecho, que el medio debe tramitar de forma sumaria, para que la rectificación tenga el resultado deseado y, por otra parte, garantice al medio que la rectificación que se desea está apoyada en elementos de juicio que invalidan la información que se hizo pública. También, en la STC 168/86, F J 5º, dice el Tribunal que este derecho de rectificación no merma el derecho a la libre información, pues no obliga al medio a reconocer que la información aparecida es inexacta pudiendo incluso ratificarse a continuación en su posición.

⁹ *Vid.*, con carácter general, ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Derecho a la Información vs. Derecho al Honor*, Madrid, CEPC, 2009.

diendo a unos fines e intereses concretos¹⁰) es tan dispar que dicho ciudadano necesita proveerse de varios periódicos para poder forjar su propia opinión sobre el asunto¹¹. Además, en un mundo globalizado, y por lo tanto complejo, el nivel cuantitativo de información del que necesita hacer acopio un ciudadano es, evidentemente, mayor que hace unos años. Y es cierto que con las nuevas tecnologías se facilita el acceso a la información, pues toda noticia con relevancia pública es fácilmente accesible a través de internet, pero lo es igualmente que con ello se multiplican las versiones acerca de los mismos hechos, y las fuentes alternativas de comunicación (tipo las redes sociales), donde se transmiten, muchas veces sin ningún control, informaciones y opiniones que afectan a derechos de las personas. El problema fundamental, en conclusión, es que en la era de la globalización, la información es tratada por los *mass media* como una mercancía, degradándola a un mero espectáculo audiovisual, muchas veces, con un contenido más que escaso, y así, disminuye, a su vez, el derecho mismo¹², pues el material que estos medios (repetimos, que tienen sus propios intereses económicos y políticos) ofrecen, no cumplen la mayor parte de las veces con los criterios no solo de veracidad y objetividad, sino tampoco de rigurosidad y profundidad¹³. Pero la globalización no tiene marcha atrás y tampoco sería deseable –a nuestro juicio– destruirla en todos sus términos sino más bien encauzarla, y es en este punto donde el derecho de acceso a la información, vinculado –como vamos a ver a continuación– pero distinto del derecho a la información clásico, puede jugar un enorme papel. Porque, y en segundo lugar, la deseable participación informada de la ciudadanía en los

¹⁰ Sobre esto, LOMBARDI, Giorgio, “Poder Privado, Media, y Derechos Individuales”, en: ASENSI SABATER, Jose, *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo Actual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 407.

¹¹ *vid.* MIRAVALLS CALLEJA, Celia, “Información: del Derecho a la realidad”, en: *Comunicar* 4 (1995). Se trata de un interesante artículo que analiza las portadas de 4 diferentes periódicos después de un suceso ocurrido en 1994 en una cumbre del FMI, donde unos activistas de *Greenpeace* consiguieron colarse y arrojar delante de los presentes unos cuantos dólares americanos.

¹² Para profundizar sobre la información espectáculo, *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, Pedro y MORRILLO CALERO, María Jesús, “Derecho a la Información y Democracia en el marco de la globalización neoliberal: bibliotecas, archivos, y medios de comunicación de masas”, en: *Revista General de Información y Documentación*, 13 Nº 2 (2003), pp. 124 y ss.

¹³ Recientemente, y gracias al fenómeno de internet, el ciudadano puede acceder a informaciones por vías que desafían al tradicional oligopolio de estos medios de comunicación de masas. Nos estamos refiriendo al fenómeno, en primer lugar, de las redes sociales como *twitter* y *facebook*, así como *wikileaks*. Los dos primeros han demostrado su efectividad, por ejemplo, en recientes conflictos donde la libertad de prensa estaba limitada (por ejemplo en Honduras o en la llamada “primavera árabe”), pero plantean problemas por lo que se refiere a lo difícil que puede resultar distinguir, en estos medios, información de opinión (lo mismo pasa con las bitácoras disponibles en la blogosfera) y que no se puede hablar, en estos casos, de noticias contrastadas, pues la proporcionan particulares y no periodistas profesionales. El caso de *wikileaks* –y al margen de las cuestiones acerca de la ética periodística y las que atañen a la seguridad–, el problema que plantea es la cantidad de tiempo que el ciudadano necesita para acceder y leer los documentos que allí se facilitan.

asuntos públicos puede verse favorecida por el acceso de estos, por supuesto con determinados límites, a documentos que obran en poder de las administraciones públicas, como consecuencia –decíamos– del principio de buen gobierno, a fin de poder hacerse una idea objetiva sobre las políticas públicas y forjar así una opinión al respecto que, debidamente canalizada por otros mecanismos de participación también necesarios como audiencias deliberaciones, etc., puedan servir de *input*, en su caso, a una decisión gubernamental de modificación de las mismas¹⁴.

Así pues, definido como el derecho de los particulares al acceso, con determinados límites, a las informaciones que obran en manos de las administraciones públicas, se colige que existen diferencias notables en la estructura de ambos derechos: a) Se diferencian, por cuanto respecta al elemento subjetivo, pues el derecho a la información –tal y como explica el Profesor J. Pérez Royo– hay que distinguir dos tipos de derechos, un derecho a recibir información, que es el único derecho fundamental que no es susceptible de ser individualizado, pues corresponde a toda la colectividad, y un derecho a transmitir información, este sí susceptible de ser individualizado, normalmente en el profesional o medio de comunicación que difunde un hecho noticiable¹⁵. Sin embargo, el derecho de acceso a la información, por supuesto sí individualizable y susceptible, como todos los demás derechos fundamentales, de ser ejercido por la persona física o jurídica (pensemos en una asociación, colectivo, o grupo de intereses) que requiere de la Administración datos o documentos que obran en su poder. b) En cuanto al elemento objetivo, ya hemos dicho que en el derecho a la información se trata de noticias de relevancia pública, que sean verídicas y oportunas, mientras que en el derecho de acceso a la información, al menos en su manifestación ideal, sería cualesquiera documentos, bajo custodia de la Administración, que puedan servir al ciudadano para una participación informada en las políticas públicas, siempre que ello no comprometa el derecho a la intimidad de otro ciudadano o la seguridad pública. c) Existe una última diferencia, que probablemente el lector ya habrá apreciado, y es que mientras que el primero de los derechos a los que nos estamos refiriendo tiene la estructura propia de un derecho de libertad, pues el derecho del sujeto activo a transmitir información no puede ser impedido por la acción estatal o de otro particular, que tienen un deber de abstenerse, el derecho de acceso a la

¹⁴ Para un mayor abundamiento, cfr. BASTERRA, Marcela, “El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Argentina”, en: *Derecho Comparado de la Información*, enero-junio (2009), p. 14.

¹⁵ Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, “El Derecho a la...”, p. 21.

información tiene la estructura de un principio¹⁶, por cuanto que requiere una actitud activa del Estado (en sentido amplio), consistente en facilitar al sujeto activo la información solicitada, con ciertos límites. Por otro lado, y para terminar con esto, si respecto del derecho a la información vimos que se trataba de uno de los derechos más antiguos de la historia del constitucionalismo, el derecho de acceso a la información, por su parte, pudiéramos decir que es uno de los más recientes. Por ejemplo, alguna de las constituciones más antiguas de América Latina, como son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 o la Constitución Política de Chile¹⁷ de 1973 no lo reconocieron sino hasta las reformas de 1977 y 2005, respectivamente. La excepción es Costa Rica, donde el derecho de acceso viene reconocido en el artículo 30 de su Constitución de 1949. También lo recogen todas las nuevas constituciones del continente americano (*vid.*, arts. 5 de la Constitución brasileña de 1988, 74 de la Constitución colombiana de 1971, 2 de la Constitución peruana de 1993, 81 de la Constitución ecuatoriana de 1999, 28 de la Constitución venezolana de 1999, o 227.4 de la Constitución boliviana de 2009, si bien este precepto tiene una forma de expresión muy sui géneris, pues habla del “control social” y –además– acaba remitiéndose a la regulación legal). También encontramos, como en el caso de Argentina, Honduras y Panamá, Estados que no han regulado este derecho a nivel constitucional. En Europa, por su parte, el derecho de los particulares a los documentos que obran en poder de las administraciones públicas también tiene un reconocimiento reciente, y así se reconoce por ejemplo en Suecia desde 1974, cuando la Ley de Prensa fue elevada a rango constitucional, o en Portugal desde la reforma de 8 de julio de 1989 de su artículo 268, o el artículo 20 de la Constitución austríaca, reformado en 1987 o, finalmente, la reforma del artículo 32 de la Constitución belga en 1993. La excepción es la Constitución española de 1978, que reconoce este principio, desde el mismo momento de su aprobación, en el artículo 105.b, si bien remitiéndose a la regulación legal (como hace el artículo 10 de la Constitución griega), que no se produjo hasta 1992, y en unos términos, como veremos (*vid. infra*, epígrafe III), más que limitados. Todavía más excepcional es el caso de Italia, donde no existe regulación constitucional de este derecho de acceso, y donde existen diversas posiciones al respecto, que van desde el entendimiento de que dicho derecho estaría integrado, bien en el derecho

¹⁶ Cfr. GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, “Derecho de acceso a la Información en Chile: Nueva regulación e implicaciones para el sector de la defensa nacional”, en: *Estudios Constitucionales*, año 7 N° 1 (2009), pp. 142 y ss., y también PÉREZ, Efraín y MAKOWIAK, Jessica, “El Derecho de acceso a la Información en Europa y América Latina. Un enfoque Constitucional”, en: *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/10/DERECHOACCESO.htm> Epígrafe 3.

¹⁷ Cfr. art. 19.12 de la Constitución de Chile.

recogido en el artículo 21 CI, postura que parecería coincidir con la Corte Costituzionale, en su sentencia de 15 de junio de 1972, núm. 105¹⁸, o los que parten de que este derecho es un derivado del principio de publicidad administrativa así como aquellos que creen, por ejemplo el profesor M. Luciani¹⁹, que se trata de un derecho de tercera generación que se encuentra comprendido en el artículo 2 constitucional y, por último, aquellos que lo entienden comprendidos en la expresión “soberanía popular” contenida en el artículo 1.2 CI o en la garantía del derecho de participación del artículo 3.2 CI²⁰.

Precisamente por ser un derecho emergente, un derecho muy ligado a los derechos de tercera generación y con una estructura de principio jurídico, la plasmación práctica deja muchas veces que desear. En primer lugar, por la resistencia que ofrecen en muchas ocasiones las administraciones públicas, buscando toda una serie de subterfugios para entorpecer el ejercicio de este derecho²¹. Ello se debe sin duda alguna a la reticencia que como personas que son muestran los directivos de las administraciones públicas a perder su condición privilegiada de “técnicos” en tanto que manejadores de una información de la que carece el ciudadano medio. Y eso ocurre incluso en los países latinoamericanos, donde como veremos inmediatamente (epígrafe II) el derecho de acceso a la información está reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que debería servir para una mayor garantía de dicho derecho y una mayor armonización de legislaciones. En Europa, como veremos, se parte de una situación diferente, pues no se entiende que el Derecho de Acceso a la Información no quede recogido en ninguna disposición del Convenio de Roma, por lo que el acceso efectivo de los particulares a los documentos que obran en posesión de las administraciones públicas depende de la regulación legal-constitucional de cada Estado, y en algún caso, por ejemplo en España –al menos hasta que se apruebe el proyecto de ley de transparencia y acceso a la información (*vid. infra* epígrafe V)–, esta ha llegado tarde y ha resultado ser bastante conservadora. Con todo, y porque –insistimos– se trata de

¹⁸ No se menciona, concretamente, el derecho de acceso, lo que sí se afirma, en el fundamento jurídico 5º, que el derecho del artículo 21, “*in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee*”, y de ahí se ha querido deducir por un sector de la doctrina, que esa pluralidad de fuentes incluiría la Administración Pública.

¹⁹ Cfr. LUCIANI, Massimo, “Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione”, en: *Rivista Critica de Diritto Privato*, N° 1 (1985), p. 67, citado en CASTELLA ANDREU, Josep María, *Los Derecho Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública. Un estudio del artículo 105 de la Constitución*, Barcelona, CEDECS, 2001, p. 264.

²⁰ Sobre todo ello, incluida la referencia al autor italiano, cfr. CASTELLA ANDREU, Josep María, *Los Derecho Constitucionales...*, pp. 262-266.

²¹ También lo denuncia el profesor Jorge Enrique Romero Pérez, cfr. ROMERO PÉREZ, Jorge, “El Derecho de Acceso a la Información estatal. El caso de Costa Rica”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 112 (enero-abril 2007), p. 127.

un derecho emergente, existen en el siglo XXI magníficas oportunidades para un despliegue de este principio de acceso. Nos referimos, por supuesto, a las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías como medio ideal de publicidad, transparencia y acceso al tipo de informaciones que conforman el objeto de este derecho²². Hay países, además, como México y Honduras donde el derecho de acceso se facilita mediante la implantación de institutos (en el caso de México, federales y estatales) de acceso a la información pública²³, aunque ello no implique, como recuerda el profesor M. Carbonell, ni mucho menos, una situación ideal de protección²⁴. En definitiva: ¡aún queda mucho por hacer!

El objetivo de este trabajo es doble: tratamos por un lado de analizar las diferentes regulaciones del derecho de acceso a la información en el ámbito comunitario y nacional (epígrafes II y III), empleando para ello la metodología propia del derecho comparado, es decir, estableciendo clasificaciones respecto de los elementos determinantes establecidos tras la fase de investigación. Existen trabajos interesantes a este respecto, algunos de los cuales constan en la bibliografía aneja a este artículo, pero que por lo general (con algunas excepciones) consisten más en la exposición de diferentes legislaciones nacionales que en una comparación pormenorizada de los distintos elementos que componen el derecho de acceso. Algunos trabajos donde sí se emplea la metodología comparada son más limitados en su alcance que lo que nosotros, humildemente, nos hemos propuesto en estas páginas. Por otro lado, analizamos la situación del derecho a la información en España (epígrafes IV y V) por considerar los autores que resulta un ejemplo de relativa actualidad. Analizaremos (epígrafe IV) las razones por las que la Audiencia Nacional rechazó en una sentencia de 22 de octubre de 2009 el derecho de una asociación a recabar del gobierno determinadas informaciones sobre políticas públicas y como el sentido de la misma hubiese probablemente sido otro de haber entrado en vigor el mencionado anteproyecto de ley que se encuentra en trámite parlamentario (epígrafe V).

²² Sobre la vinculación de las TIC con el Derecho de Acceso a la Información, *vid.* “El Derecho de Acceso a la Información Pública y su vinculación con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, Ponencia presentada por Diego Sánchez Montenegro al IV Congreso Mundial de Derecho Informático, Ecuador, junio 2004, documento accesible a través de internet, p. 3.

²³ *vid.* por ejemplo, página del IFAI: <http://www.ifai.org.mx/> o del IAIP <http://www.iaip.gob.hn/>

²⁴ Cfr. CARBONELL, Miguel, “El Derecho de Acceso a la Información y el Poder Judicial de la Federación”, en: *Derecho Comparado de Acceso a la Información*, Nº 3 (2004) p. 189.

II. LA DIFERENTE REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL PACTO DE SAN JOSÉ Y EN EL CONVENIO DE ROMA. REFERENCIA AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

En las páginas que siguen –tal y como venimos diciendo– nos proponemos analizar el derecho de acceso a la información pública con carácter general. Un trabajo más amplio nos obligaría a analizar la normativa nacional, comunitaria, internacional que existe en Europa y que regula de manera cualificada el derecho de acceso a la información en atención a la posición del sujeto activo que tiene derecho a recabar esta información, por ejemplo, el de los parlamentarios²⁵ y concejales²⁶, en tanto que representantes del pueblo; o aquella legislación, también nacional, comunitaria o internacional que regula de manera más amplia el derecho de acceso a la información pública, de manera general para todos los ciudadanos, pero limitada a una materia, especialmente el medio ambiente²⁷ (pero hay otras), que se considera merecedora de especial protección y que por eso se busca un control de las políticas públicas susceptible de ser llevado a cabo por un indeterminado número de sujetos.

Comenzamos pues –cumpliendo con la exigencia del título de este epígrafe– examinando la regulación del derecho de acceso en el Pacto de San José. El

²⁵ Sobre el derecho de acceso como un instrumento indispensable para una correcta ejecución de la labor parlamentaria *vid.* CANO BUESO, Juan, *El Derecho de Acceso a la Documentación de los Diputados en el Ordenamiento Parlamentario Español*, Madrid, Congreso de los diputados, 1996, pp. 17-24.

²⁶ Sobre la naturaleza cualificada de este derecho de acceso a la información municipal por parte de los concejales, derecho que está reconocido en España en el art. 77 LBRL, pero que también se recoge, por ejemplo, en el Código de los municipios en Francia (art. L. 121-122) después de la reforma operada en 1992 por la Ley núm. 92-125, y también en el artículo 31.5 de la Ley de 8 de junio de 1990, n. 142 *vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Los Concejales y el Derecho a la Información. El derecho de los concejales de acceso a la documentación local*, Granada, Comares, 2001, pp. 19 y ss.

²⁷ En materia de derecho de acceso a la información en materia ambiental habría de partirse del convenio de Aarhus, de 1998, del que son parte más de 49 Estados europeos y asiáticos y la Unión Europea (*vid.* página web del convenio: www.unece.org/env/pp/ratification.htm). Dicho Convenio internacional se funda en tres pilares básicos, y el primero de ellos es precisamente el acceso del público a la información sobre medio ambiente (Cfr. PIGRAU SOLÉ, Antoni, “Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, en PIGRAU SOLÉ, Antoni (dir.), *Acceso a la información, participación pública, y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 35) y ha sido objeto de desarrollo posterior, pero lo que más nos interesa destacar es que la Unión Europea, en tanto que parte del mismo, ha elaborado la directiva 2003/4 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo así como España, por ejemplo, también Estado parte, ha aprobado las 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 ambiente, por lo que existe, en esta materia, una cierta homogeneidad en el tratamiento por parte de los Estados europeos.

artículo 13 de dicho texto legal, donde se recoge el derecho de información, no menciona expresamente el derecho de acceso a la información en manos de las administraciones públicas. Veamos su tenor literal:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluyó dicho derecho dentro del contenido de este artículo, con los únicos límites del apartado segundo. Así, en una ilustrativa sentencia al respecto (*vid.* SCIDDDH Casos Claude Reyes y otros *vs.* Chile, de 19 de septiembre de 2006) condena al Estado chileno a facilitar una información que había sido solicitada por los demandantes²⁸ y que el Estado chileno había cumplido únicamente de forma

²⁸ *Vid.* párr. 174 correspondiente al fallo. La Corte considera también vulnerado el derecho a la protección judicial, pero este extremo no interesa a los efectos que ahora nos ocupan.

parcial²⁹, sin que la negativa a ofrecer una parte la información solicitada estuviese justificada por resultar ser uno de los supuestos recogidos en el art. 13.2 Pacto de San José que acabamos de transcribir y, en todo caso, recogido en una norma con rango de ley³⁰.

De esta sentencia nos interesa, por supuesto, destacar la argumentación de la Corte, pues es un hecho notable, al hilo de lo que mencionábamos en la introducción de estas páginas, que insertándolo materialmente dentro del artículo 13 de la Convención general sobre el derecho de información, lo vincula como una exigencia propia de una sociedad democrática. Y así, dice el tribunal: “la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”³¹. Y añade que: “Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”³². La Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo

²⁹ Respecto de la información que se solicitó, y la parte de la misma.

³⁰ *Vid.* párr. 94.

³¹ *Vid.* párr. 77.

³² Cfr. Caso *YATAMA*. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C Nº 127, párr. 192; y *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A Nº 6, párr. 34. Nota al pie de página en el original.

y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información”³³.

Pero también, por la elocuencia, a nuestro juicio, con la que expresa la naturaleza de este derecho, como una reivindicación de la ciudadanía para el ejercicio de la participación política, el dictamen del perito propuesto por la Comisión, el abogado E. Villanueva, quien dice que:

“El artículo 13 de la Convención ha sido interpretado sistemáticamente como fuente de lo que sería una de las vertientes del derecho de acceso a la información pública”. Por un lado [el...] desarrollo humano [...] va [...] generando mayor exigencia [sobre] el espíritu de la norma [y,] por otro lado [, ...] el derecho de acceso a la información pública supone que el titular del derecho [...] es [la sociedad] y que [...] las autoridades [...] del Estado [son] los depositarios de [una] información que no le[s] pertenece”.

Seguidamente, continúa hablando de la importancia de que una buena ley de información pública debería contener muchos sujetos obligados a informar, etc.³⁴. La hemos traído a colación sobre todo por la afirmación de gran importancia para una cabal comprensión de la democracia en general y de este derecho en particular de que la información que poseen las administraciones públicas en ningún modo les pertenece, pues en democracia, el funcionario y el gobernante no son sino servidores o meros mandatarios del pueblo, titular de todos los derechos y, también, de toda la información.

Así pues no es de extrañar que al margen de las peculiaridades propias de cada Estado que a nivel constitucional citamos en la introducción, y aquellas otras que se dan a nivel legal y que vamos a ver en el próximo epígrafe, la obligatoriedad del derecho que impone a los Estados los artículos 1 y 2 de la Convención rija, de una u otra suerte, como un parámetro de homogeneidad, un *mínimum* de protección que los Estados pueden superar pero en ningún modo rebajar. Una obligatoriedad para los Estados, que, al margen de estos preceptos, tendría un fundamento tanto, como hemos visto, en distintas resoluciones de la OEA para el ámbito latinoamericano, como, en el ámbito internacional, el artículo 10 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, el cual prescribe:

³³ *Vid.* párr. 84 y, en el mismo sentido, párr. 92.

³⁴ *Cfr.* párr. 49 relativo a la prueba pericial.

Artículo 10

Información pública

Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

- a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;
- b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y
- c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.

Por ello no se puede entender que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no haya considerado, en una interpretación sistemática del Convenio respecto de los principios democráticos y del Derecho Internacional el derecho de acceso a la información como un derecho derivado del derecho “a recibir y a comunicar informaciones e ideas” contenido en el artículo 10 del CEDDHH (*Vid.* SSTEDDHH *Leander vs. Suecia* de 26 de marzo de 1987, *Gaskin vs. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, *Guerra y otros vs. Italia*, de 19 de febrero de 1998 y *Roche vs. Reino Unido*, de 19 de octubre de 2005, entre otros). El Tribunal, sin embargo, ha reconducido desde el caso *Gaskin*, antes citado, la denegación por parte de un Estado parte en el convenio de determinadas informaciones, cuando estas afectan al ámbito de la vida privada y familiar de un particular, al contenido del derecho del artículo 8 del Convenio³⁵. Se trata normalmente de casos en que los demandantes reclamaban bien el acceso a su historial médico o bien a datos relacionados con informes acerca de su infancia así como algún caso en que se reclamaba una copia del informe de una administración pública sobre la idoneidad como padre de un demandante. Ahora bien, como se comprende fácilmente, esta protección está sometida,

³⁵ *Vid.* además de los casos *Gaskin* y *Roche*, SSTEDDHH *Caso McGiuley y Egan contra Reino Unido*, de 9 de junio de 1997; *Caso MG contra Reino Unido*, de 24 de septiembre de 2002, *Caso K.H* y otros contra Eslovaquia, de 28 de abril de 2009; y *Caso Tsourlakis contra Grecia*, de 15 de octubre de 2009.

además de a otros límites como, por ejemplo, la intimidad y el honor de otras personas³⁶ o al interés superior del menor³⁷, así como, evidentemente que la información verse sobre la referida materia. Es más, en el caso *McGiuley y Egan* (*vid. supra* nota 30), el Tribunal establece la necesidad, para tener derecho a esta actitud positiva del Estado de facilitar información concerniente a la vida íntima y familiar de una persona, que esta motive suficientemente que existe un vínculo entre esta materia y la documentación que pretende obtener. Si es cierto que la Sección 2ª del TEDDHH ha emitido una sentencia muy innovadora respecto de la jurisprudencia anterior –aunque es menester recordar que la sentencia Roche fue dictada por el pleno– en la que avanza hacia un reconocimiento del derecho de acceso (*vid. STEDDHH Tarsaság a Szabadságjogokért v. Hungary* de 14 de abril de 2009), donde, sin perjuicio de recordar la jurisprudencia constante de la Corte (párr. 35), realiza una interpretación más amplia del artículo 10 del Convenio. En nuestra opinión, creemos poder explicar esta deriva afirmando que el Tribunal fuerza una interpretación amplia de dicho precepto cuando en el país hay reconocido un derecho de acceso a la información, incidiendo, como en esta sentencia, sobre las “restricciones arbitrarias”, que puedan poner los gobiernos, y nada más, puesto que, como afirma esta sección en el párrafo antes citado:

“The Court recalls at the outset that “Article 10 does not ... confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual” (Leander v. Sweden, 26 March 1987, § 74 in fine, Series A no. 116) and that “it is difficult to derive from the Convention

³⁶ Por ejemplo, en la sentencia del caso *Odièvre* contra Francia, de 13 de febrero de 2003, el Tribunal ponderó el derecho de una mujer a investigar y recibir por parte de las autoridades administrativas acerca de sus orígenes y los datos relativos a su nacimiento y el derecho de la madre biológica a mantener en secreto su identidad y tales circunstancias, fallando, a la postre, que no hubo vulneración del derecho contenido en el artículo 8 del CEDDHH por parte de Francia que proporcionó una serie de informaciones y denegó otras, de acuerdo con su legislación interna, pues el Tribunal estima que “La frontera entre las obligaciones positivas y las negativas del Estado en virtud del artículo 8, no se presta a una definición precisa; los principios aplicables son, sin embargo, comparables. Concretamente, en ambos casos, hay que tener en cuenta el equilibrio justo a mantener entre los intereses opuestos; asimismo, en las dos hipótesis, el Estado goza de un cierto margen de apreciación” (*vid* también *Caso Mikulic* contra Croacia, de 7 de febrero de 2002).

³⁷ Así, por ejemplo, en el *Caso K.T* contra Noruega, de 25 de septiembre de 2008, el Tribunal, examinando el caso en el marco de una investigación sobre la idoneidad de un padre para hacerse cargo de sus hijos, concluye que el acceso a la información que determinadas autoridades practicaron para llevar a cabo dicha investigación no supuso una injerencia en la vida privada y familiar del demandante, pues: “No puede decirse que al obtener información del médico de cabecera del demandante y sus hijos, el colegio, jardín de infancia y la policía, los servicios de protección del menor no mantuviesen un equilibrio apropiado entre el interés del demandante en mantener la confidencialidad de algunos datos personales y el interés superior de los niños”.

a general right of access to administrative data and documents” (Loiseau v. France (dec.), no. 46809/99, ECHR 2003-XII (extracts))”.

Quizás esta sentencia, como hemos dicho, de 2009, se inspira en el espíritu del Convenio Europeo sobre acceso a los documentos públicos, del Consejo de Europa, de 27 de noviembre de 2008. El Convenio recoge un derecho de acceso general a los documentos públicos entendido en un sentido “razonablemente amplio”, y es que los límites contenidos en su artículo 3 (muy influido, en nuestra opinión, por el artículo 4 del Reglamento 1049/2001), aunque no se pueda decir que dificulten en exceso un ejercicio razonable del derecho de acceso, resultan a veces demasiado celosos (por ejemplo incluye los procedimientos de inspección de las autoridades administrativas, política monetaria, la igualdad de las partes en el proceso y el buen funcionamiento de la justicia, o las deliberaciones de autoridades sobre un asunto) que hace que digamos, por comparación, que resulta bastante más restrictivo que la Convención Interamericana. A pesar de ello, aunque posiblemente por ser un instrumento bastante reciente, debemos señalar que dicho Convenio ha sido firmado, hasta el momento, únicamente por 14 de los 47 Estados Miembros del Consejo de Europa, y ratificado hasta la fecha únicamente por tres de ellos³⁸, por lo que –y al margen de la hipótesis que esgrimimos acerca de que haya podido inspirar las sentencias más recientes de la Corte respecto del derecho de acceso– su impacto, en perspectiva comparada, es bastante limitado si consideramos, además, que muchos de esos países que han firmado el Convenio (sobre todo los escandinavos Suecia Noruega y Finlandia) tienen, como veremos, leyes internas avanzadas de acceso a documentos públicos.

La conclusión de todo lo expuesto anteriormente es evidente: el hecho de que el TEDDHH no entienda incluido en el artículo 10 del Convenio de Roma un derecho general de acceso a la información implica que existe un marco de protección supraestatal de este derecho, y por ello, existe libertad absoluta para los Estados parte de proteger o no dicho derecho y –supuesto que se reconozca tal derecho– que se haga en un sentido más o menos amplio.

Pero antes de finalizar este epígrafe, es justo reconocer que la regulación actual³⁹ del derecho de acceso en el marco de la Unión Europea respecto de los documentos en poder de las instituciones comunitarias, resulta bastante avanzada en perspectiva comparada. Las normas más relevantes a este respecto son el artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

³⁸ Esta información es accesible en el siguiente link: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=205&CM=1&DF=&CL=ENG>

³⁹ Respecto de los antecedentes históricos de la normativa que aquí vamos a examinar, cfr. GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, *Transparencia y Acceso a la Información en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2002, pp. 27-33. Destacar el Código de Conducta de 1993.

Europea, incorporada al Tratado de la Unión Europea⁴⁰ desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes art. 255 TCE) y, finalmente, el Reglamento (CE) Nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso de documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión⁴¹.

Siguiendo el mismo esquema que en la introducción indicamos, respecto de los sujetos, que este derecho puede ser ejercido por todo ciudadano de la Unión, así como por toda persona física o jurídica que tenga su residencia en algún Estado miembro⁴², y obliga al Parlamento, al Consejo y a la Comisión en tanto que instituciones legislativas y ejecutivas de la Unión Europea. Respecto al objeto, el Reglamento se encarga de aclarar que por “documento” se entiende “todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución”⁴³. Con las limitaciones que vamos a ver a continuación, además, se permite el acceso a los documentos que son autoría de las instituciones europeas mencionadas como aquellos documentos con un origen distinto que, sin embargo, obran en su poder⁴⁴. Así pues, hasta aquí, la regulación de la Unión Europea en materia de Derecho a la Información está entre las más avanzadas en la materia. Y lo mismo cabe decir respecto de los medios para dar cumplimiento a dicho derecho: los artículos 11 y 12 del Reglamento prevén la creación de registros públicos facilitando el acceso a través de medios electrónicos. No así en lo que respecta al contenido de dicho derecho. El Reglamento 1049/2001 prevé varios tipos de límites que restringen considerablemente el enunciado general y abstracto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. El artículo 4 prevé una serie de límites que podemos considerar absolutos (como el interés público y la intimidad de las personas, así como aquellos que supongan un perjuicio para los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual, los

⁴⁰ *Vid.* art. 6 TUE.

⁴¹ Existen otras normas de desarrollo posteriores, y de menor importancia, recogidas en el Anexo del libro del profesor Luis N. González, que son: La Decisión del Consejo de 29 de Noviembre de 2001 por la que se modifica el Reglamento interno del Consejo, la Decisión de la Comisión de 5 de Diciembre de 2001 por la que se modifica su Reglamento interno y la Decisión de la mesa relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo (DO 374 de 29 de Diciembre de 2001).

⁴² *Vid.* art. 2.1 Reglamento 1049/2001.

⁴³ *Vid.* artículo 3.

⁴⁴ El Código de conducta preveía la “regla de autor” (cfr. GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, *Transparencia y Acceso...*, pp. 63-70), por el que las instituciones no facilitaban el acceso a documentos de las que no fueran autores.

procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, o el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría) y otros límites relativos en los que la institución no podrá denegarlo sin más sino únicamente tras ponderar adecuadamente determinados aspectos tales como los documentos de carácter no definitivo que puedan poner en riesgo la adopción de la decisión, lo que contengan opiniones de carácter interno y aquellos que tengan origen en un Estado Miembro que haya establecido que no desea su divulgación. Además, el artículo 9 del Reglamento prevé la existencia de documentos especialmente sensibles, que solo podrán ser consultados por las personas designadas al efecto. Los artículos 6 y 7 del Reglamento establecen el proceso que habrá de seguir la solicitud, que ha de presentarse por escrito, identificando el documento o documentos que se deseen de forma clara y precisa, y el tiempo (de 15 días prorrogables en caso de solicitudes que incluyan un gran número de documentos) para que la institución en cuestión dé satisfacción a la petición. En caso de que la institución no responda en el plazo de 15 días a la solicitud, el demandante de información podrá remitir una solicitud confirmatoria, que deberá igualmente ser tramitada en 15 días, y que si tampoco es respondida lo habilita para iniciar los mecanismos de control pertinentes, es decir, la queja ante el Defensor del Pueblo europeo⁴⁵ y el recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia⁴⁶.

La conclusión es que en el ámbito comunitario el derecho de acceso sí está regulado de forma satisfactoria, y ello puede llegar a hacer germinar una tendencia en los Estados miembros, ya sea por simple influencia o imitación ya sea porque –como hemos visto– también los documentos con origen en los Estados pueden ser facilitados por las instituciones europeas, pero no un elemento de homogeneidad.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN DISTINTAS LEGISLACIONES EUROPEAS, APROXIMACIÓN COMPARATIVA A LEYES AMERICANAS

Qué duda cabe que el Derecho de Acceso a la Información ha tenido una fuerza importante y una atención específica; un debate propio que ha tenido consecuencias recogidas, dentro de las legislaciones tanto a nivel europeo como en las leyes producidas en el continente americano.

El Derecho de Acceso a la Información se ha considerado siempre como un derecho “no deseado”, un derecho que se entendía como un límite al ejercicio

⁴⁵ *Vid.* artículo 8 del Reglamento 1049/2001.

⁴⁶ *Vid.* art. 263 TFUE.

del poder estatal. Sin embargo, para poder respetar los principios democráticos básicos, es preciso que este derecho se manifieste y se plasme, en su máximo esplendor y desplegando sus máximos efectos.

En este apartado analizaremos –si bien de forma sistemática– la manera en la que regularon, algunos países –pues no todos han conseguido elaborar y aprobar una ley que regule este derecho de forma autónoma–, el Derecho de Acceso a la Información Pública.

En el continente europeo existen dos tendencias muy claras: una tendencia más liberal y otra un tanto más conservadora. De un corte más liberal, nos encontramos con leyes que proceden de países nórdicos como es el caso de la ley danesa de Acceso a la Información del año 1975, pero posteriormente modificada en el año 1985.

Esta ley parte de que toda información debe ser de dominio público, como principio general, y luego crea una serie de excepciones⁴⁷, pero a priori ya parte con una tendencia menos restrictiva, entendiendo que toda decisión tomada en el seno de la Administración Pública debe y puede ser solicitada para su conocimiento y/o para la investigación por parte de los ciudadanos, eso sí creando con posterioridad los límites propios –y que se darán en las posteriores legislaciones– de seguridad pública nacional, relativas a decisiones intergubernamentales o internacionales, documentaciones que sea de “uso propio” de la Administración, es decir, aquellos documentos que sean obra del trabajo interno de la Administración y no tenga una consecuencia directa para el ciudadano, etc.⁴⁸ Al margen de estos límites, el principio que inspira estas regulaciones es la puesta a disposición del ciudadano de dichas informaciones. Un dato muy curioso, es la posibilidad de acceder también a informaciones procedentes de empresas de carácter privado –que a priori estarían protegidas como materias confidenciales– cuando exista una relación privada de esas empresas con la Administración Pública, es decir, cuando esas empresas, si bien corporaciones privadas, están llevando a cabo actividades o están actuando “como” Administración Pública⁴⁹. Esta previsión como veremos más adelante también se prevé en la ley belga y francesa de acceso a la información, si bien con un carácter mucho más limitado.

De su lado y con una tendencia similar encontramos la ley finlandesa 621/1999, esta norma es paralela a la ley danesa creada con anterioridad, tiene dos peculiaridades también subrayadas, la posibilidad de solicitar información a empresas de tipo privada y/o corporaciones, y por otro lado un dato significativo e innovador, la posibilidad de acceder a decisiones que aún están

⁴⁷ *Vid.* Art. 4 Part 2 Danish Access to Public Administration Files 1985.

⁴⁸ *Vid.* Section 7-14 Danish Access to Public Administration Files 1985.

⁴⁹ *Vid.* Art. 1 Part 1 Danish Access to Public Administration Files 1985.

pendientes de resolución en el seno interno de la propia Administración, si se prueba el “interés legítimo” y la necesidad de acceso a las mismas⁵⁰. La utilización de este concepto jurídico indeterminado –que en las presentes leyes apenas se menciona– dará mucho de qué hablar en la elaboración de las normas posteriores, pues es un vocablo que su utilización más o menos restrictiva o directamente su no utilización, nos indicará por qué camino –aperturista o no– van las leyes de acceso a la información –como ya estudiaremos en el análisis del caso español–.

Continuando nuestro recorrido comparado por la legislación europea, encontramos leyes de tendencias “mixtas” en cuanto a su aproximación al Derecho de Acceso a la Información, es el caso por ejemplo de la ley holandesa de 31 de octubre de 1991 y la ley austriaca de 1987.

En el primero de los casos la ley ya no se presenta tan amplia, el eje principal son los límites a ese acceso a la información pública, que se configuran en dos límites fundamentales, los primeros prohíben “en todo caso” el proveer de información a los ciudadanos, aparecen nuevamente subrayados la defensa nacional, seguridad, decisiones intergubernamentales, situaciones económicas o financieras, que puedan incidir o crear conflictos de intereses con ese derecho de acceso a la información, etc.⁵¹. Por su parte el caso austriaco limita al sujeto que tiene derecho a solicitar dicha información –sujeto activo–, no se presenta así pues en un sentido más amplio como las leyes nórdicas, sino que esa persona que solicita la información debe probar un “interés legítimo” –el ya mencionado, concepto jurídico indeterminado–.

Al lado de estas legislaciones encontramos normas con un transparencia suprema y muy completas como son las leyes anglosajonas: Irlanda en 1997⁵², Inglaterra en el año 2000⁵³, estas leyes no presentan unos rasgos demasiados innovadores de lo ya estudiado en cuanto a contenido, si bien son innovadoras en cuanto a estructura y cuerpo legal, son leyes con un análisis estructurado del derecho en el que se regula de forma muy específica cada detalle del mismo. La tendencia de fondo es muy similar a la recogida en las leyes nórdicas y se prima por el acceso como guía central, perfilado por ciertos límites, pero se busca la transparencia, la flexibilidad y celeridad a dicho acceso. Un dato que cabe resaltar en estas leyes y que sin duda fue tomado de legislaciones algo más estrictas en su enfoque como la italiana o francesa, es la creación de una Comisión (a priori independiente) para analizar los supuestos casos en que o

⁵⁰ *Vid.* Section 19 Act on the openness of Government Activities. Se regula la posibilidad de acceder a documentos sobre decisiones importantes que afecten a temas pendientes.

⁵¹ *Vid.* Section 10.1 y 10.2 Act 31 October 1991.

⁵² *Vid.* Part IV Freedom of Information Act Ireland 1997

⁵³ *Vid.* Part III Freedom of Information Act England 2000

bien se deniega de pleno ese acceso a la información, o existen puntos que no quedan del todo claro y que deben ser analizados.

En nuestra opinión este mecanismo de la Comisión no aporta más claridad al aparato de acceso a la información; en leyes claras y con corte aperturista como las anteriores analizadas, no se prevé necesaria la creación de las mismas, pues la propia escritura de la ley deja claro cuáles son los supuestos en los que podría –en última instancia– estar prohibido dicho acceso y en cuales casos no. De tener lugar una oposición o desacuerdo, además están previstos los mecanismos judiciales para actuar contra la Administración así como la previsión de garantías procedimentales y orgánicas que aseguran la efectividad de dicho acceso, con lo cual creemos que no es más que un mecanismo que retrasa o puede llegar a retrasar sobremanera el ejercicio del derecho en sí mismo.

Siguiendo al hilo de la redacción, nos encontramos con otro grupo de países en los que el tratamiento del Derecho de Acceso a la Información se regula de una manera más estricta, con una pequeña excepción, que es el caso belga, que podríamos encuadrar dentro de países “mixtos” en cuanto a redacción legal, como el caso de Holanda, pero cuyo cuerpo formal recuerda más al caso francés.

La ley de acceso a los documentos administrativos francesa, data del año 1978, con lo cual dentro de las regulaciones de este derecho, se perfila y erige como una ley veterana; en dicha ley el sujeto pasivo queda estrictamente definido. El acceso al derecho es muy restringido, la forma de acceder a dichos documentos es bastante formal y resulta ciertamente difícil acceder a ella. En lo que respecta a los límites, son demasiado amplios, tal es así que la negación a dicho acceso se puede hacer por la presentación de demandas incompletas o abusivas –es decir, se crean límites formales y ya no solo de contenido–.

Asimismo existe una fuerte regulación del organismo de la Comisión que, como bien expusimos con anterioridad, no consideramos necesaria, salvo que los límites de la propia ley sean tan amplios que requieran de la creación de este aparato legal –como es el caso–.

El supuesto belga, a su vez, es un mixto entre leyes de corte más cerrada y leyes más aperturistas. La ley belga es publicada en el año 1994 y si bien en su artículo 2 expone la necesidad y la obligación de la Administración de proveer de una información clara y objetiva, posteriormente crea unos límites considerables a esa ilusión inicial. La mayor parte de la breve ley son límites que se dividen entre límites generales, que es cierto que aparecen en la mayor parte de las leyes, pero que aquí tienen una difícil interpretación, pues son límites de contenido muy amplio; como por ejemplo, el orden público, interés económico, carácter confidencial de decisiones empresariales, etc. –entendido en este caso cuando el acceso se refiere a empresas privadas con misiones públicas– y de otro lado, límites específicos en los que se puede negar dicho acceso por causas como, por ejemplo, obligación de secreto instaurado por ley, secreto de las deliberaciones, etc.

Dentro de la legislación europea encontramos casos como el alemán, país que se ha tomado más tiempo en aprobar leyes de acceso a la información; en su origen la oposición de partidos demócratacristianos impedían la culminación de su aprobación como ley federal que finalmente fue aprobada en el año 2005; con posterioridad los diferentes *landër* han ido aprobando reformas y/o leyes que completan esta ley federal. Sin embargo, queda mucho por recorrer pues aún en el presente existen seis *landër* que no tienen legislación al respecto. De otro parte países como Luxemburgo y España siguen sin tener una ley específica.

En lo que se refiere a la regulación del Derecho de Acceso a la Información dentro del marco legal de la Unión Europea –derecho comunitario–, encontramos una normativa específica sobre acceso a la información, existiendo así el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a su vez tiene un importante desarrollo en el Reglamento(CE) Nº 1049/2001 de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. De todo ello extraemos una consideración importante y que nos sirve de guía para adentrarnos levemente en el ámbito americano, el Derecho de Acceso a la Información se entiende como un derecho fundamental comunitario, si bien en la mayor parte de leyes europeas al respecto, no se hace mención de este derecho con esa categorización.

La legislación americana por su parte y en comparación con la europea, es más escasa quizás debido a que no tienen un patrón de conducta al que seguir, como es el caso del derecho comunitario, que impulsa al resto de países a seguir ejemplo, o quizás porque, y conectado con las exposiciones que hemos hecho con anterioridad, su amplio reconocimiento constitucional o jurisprudencial (Corte Interamericana de Derechos Humanos), hace que los Estados se lancen con menor entidad a hacer regulaciones. En definitiva, y lo cierto es que la mayor parte de sus países no tiene una ley propia de acceso a la información.

En la actualidad el debate en torno al Derecho de Acceso a la Información ha sido ante todo entenderlo como un derecho fundamental, como enlazábamos antes, es decir, un derecho que parte y es familia del derecho democrático de participación ciudadana, pero que tiene una configuración autónoma como derecho fundamental.

En América se parte pues de entender, que si bien el derecho a la información no tiene una regulación específica en cada uno de sus países, sí se entiende reconocido como derecho fundamental de la persona humana, lo que se desprende de su reconocimiento en determinados tratados y cartas internacionales firmadas por los países.

Así es el caso de Chile, la doctrina reconoce a este país como reconocedor de dicho de Derecho de Acceso a la Información y al control de la gestión

pública del Estado, por parte de los ciudadanos, sobre todo y de forma más específica desde la aprobación de la Ley 18/575 de Probidad Administrativa Aplicable a los órganos de la Administración del Estado, posteriormente modificada por la actual Ley 19/653.

Por su parte, países como Argentina o Costa Rica no disponen de una ley específica al acceso a la información, sin embargo, son muchos los que la reclaman doctrinalmente, amparados en el reconocimiento de ese derecho en convenciones internacionales, como la Convención de Derechos Humanos que así lo recoge en su artículo 23.1 y más en el supuesto de Costa Rica cuyo derecho ya viene recogido de forma primaria en su Constitución.

Países como México, en los que los ciudadanos exigen un control fortísimo de su Estado, legislaron, y en el año 2003 sale a la luz la Ley de Acceso a la Información y Transparencia Gubernamental, un logro para la democracia mexicana si bien con muchas lagunas en lo que se refiere al acceso a informaciones electorales, actuaciones del Poder Judicial y demás temas conflictivos, que han ido demandando reformas posteriores y que han dado lugar a numerosas batallas en el ambiente académico.

La realidad es que el marco americano no es tan proclive a legislar en este campo del acceso a información pública, como es el caso europeo, donde sí es cierto que la mayor parte de sus países han decidido, al margen de reconocimientos constitucionales o reconocimientos internacionales, aprobar leyes de carácter más específico y que atiendan a circunstancias más nacionales y que sean fieles a la realidad del país en cuestión; realidad en la que a continuación vamos a sumergirnos con el caso español.

IV. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL ESPAÑOLA DE 22 DE OCTUBRE DE 2009

Del epígrafe II de este trabajo hemos podido extraer la conclusión de que en el continente americano, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Pacto de San José, existe en derecho por parte de los particulares a procurarse cualesquiera tipo de informaciones, con los límites señalados, y que eso vincula, por ser norma de Derecho Internacional referido a los derechos humanos, a todos los Estados Miembros, mientras que en el continente europeo no existe, a nivel internacional, la obligación de los Estados de suministrar a los particulares aquella información que estimen relevante para participar con criterio en los asuntos públicos, excepto en materias muy concretas como el medio ambiente, y que por lo tanto depende de la voluntad de los Estados la regulación más o menos amplia a este derecho, lo que se efectuará de acuerdo con sus normas legales y constitucionales. En el epígrafe anterior hemos hecho un completo repaso de las mismas y ahora es menester analizar el presente y

futuro de este derecho en España⁵⁴. Respecto del presente, la situación jurídica queda ilustrada perfectamente en la SAN de 22 de octubre de 2009 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este órgano⁵⁵.

Los hechos de la mencionada sentencia son, en síntesis, los que siguen: Access Info Europe, asociación española de derechos humanos con el fin de defender el derecho a la información en Europa y en el mundo, según reza su página web⁵⁶, solicitó, el 1 de marzo de 2007, información al Ministerio de Presidencia respecto del desarrollo legislativo derivado de la adhesión de España al Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y al Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción. Al no recibir respuesta, la misma solicitud se reiteró con fecha 30 de marzo de 2007 y, finalmente, con fecha 27 de abril de 2007 recibió dicha asociación una comunicación del director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, contestando a una de las preguntas efectuadas y remitiéndola al Ministerio de Justicia, a los efectos de que se plantearan allí las demás consultas. Ello se hizo mediante escrito presentado el 14 de junio de 2007, que nunca tuvo respuesta por parte de dicho órgano, y contra cuya desestimación presunta, por silencio administrativo, una vez agotados los plazos legales que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) establece para la respuesta, interpuso recurso contencioso administrativo en el referido tribunal. En sus alegaciones, los recurrentes entienden que esta desestimación presunta por silencio administrativo vulnera el derecho a recibir información del artículo 20.1.d de la Constitución de 1978, así como el artículo 23.1 del mismo texto respecto a la participación en los asuntos públicos. Con respecto a los mismos, el Tribunal, en la fundamentación jurídica, simplemente reproduce literalmente (con una pobre técnica jurídica, por cierto) párrafos enteros de sentencias de nuestro máximo intérprete constitucional

⁵⁴ Una anécdota ilustra hasta qué punto es criticable la postura de la Administración española. En el prólogo al libro del profesor Luis N. Gonzalez citado *supra*, la profesora A. Mangas Martín cuenta cómo vivió por aquel entonces la negativa de la Administración a facilitar a determinados profesores universitarios la normativa de derecho derivado que España tenía el deber de cumplir, considerada esta por el Estado ¡de carácter confidencial!, cuando está publicada en otros idiomas en el Diario Oficial de la Unión Europea.

⁵⁵ Contra la presente se ha interpuesto recurso de casación en el Tribunal Supremo, que ha sido parcialmente admitido a trámite con fecha 29 de abril de 2010, y aún pendiente de resolución. Aunque es probable que la sentencia sobre el caso se demore todavía algunos años, teniendo en cuenta el plazo de tiempo habitual que necesita esta sala (con más de 15.000 asuntos pendientes) para la resolución de asuntos, esperamos, que por las razones que expondremos, y con la legislación en la mano, sea estimatoria.

⁵⁶ *Vid.* <http://www.access-info.org/>

que contienen en definitiva la doctrina constitucional acerca del derecho a la información contenido en el artículo 20.1.d de nuestra Carta Fundamental, para concluir, sin solución de continuidad, que

“No se puede pretender que el derecho fundamental a recibir información veraz por cualquier medio de comunicación incluya un deber general de la Administración de informar sobre cualquier materia”.

Y, sin ninguna otra afirmación previa ni posterior al respecto, que

“No se estima conculcado el derecho fundamental recogido en el art. 23.1 de la Constitución que dispone que ‘los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal’, quedando al margen el mismo de la materia que nos concierne”.

Quizás antes de entrar de lleno en la crítica de ambos argumentos convendría analizar la regulación española actual (en el próximo epígrafe veremos la futura), pues es sobre la que la sentencia se basó, o al menos debió basarse. Ya hemos visto que la Constitución de 1978 dejó en su artículo 105.b desregularizado el derecho de acceso a la información pública, estableciendo únicamente que “la ley regulará 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”. Dicho precepto fue desarrollado en unos términos, a nuestro juicio, bastantes restrictivos, por el artículo 37 LRJ-PAC. Dice así:

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 completados, 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 proce-

dimientos 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 acceso 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.

10. 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.

Con carácter general, lo primero que procede decir, respecto de este precepto, es que –algo que debe resultar meridianamente claro después del recorrido por el Derecho Comparado que hemos efectuado en el epígrafe anterior– se trata de una regulación “estrecha y restrictiva” respecto al derecho constitucionalizado, temerosa con el principio de transparencia de la Administración, y más preocupada en no afectar la actuación administrativa que en garantizar el derecho de los ciudadanos (J.M^a Castellà). A nuestro juicio se trata un precepto, que además de farragoso en su redacción, tiene la intención de –al menos– dificultar el acceso a documentos más que la de permitirlo. Un precepto, en suma, que nos parece inconstitucional –coincidiendo con la opinión de I. Villaverde–, tanto en la letra (pues contiene por lo menos tres límites en el apartado 4, 5.a, algunos tan indeterminados como el “interés público”, “intereses de terceros más dignos de protección”, o tan injustificados como las competencias constitucionales no sometidas a Derecho Administrativo) como en su espíritu (téngase en cuenta que remite a otras legislaciones específicas hasta seis tipos de materias, y establece complejos procedimientos que ha de seguir el particular que desea obtener una determinada información. Téngase en cuenta, además, que la relación de límites del artículo 37 no está cerrada, pues pueden aparecer otros recogidos en leyes (ap. 4). También ha criticado la doctrina, y con razón, la regulación de este derecho de acceso en la Ley de Procedimiento Administrativo en lugar de en una ley específica, algo que se solucionará de ser aprobado el anteproyecto que se está tramitando en el Parlamento. Con carácter específico analizaremos ahora la estructura del derecho que confiere este precepto: respecto del sujeto activo, reconoce este

derecho, con carácter general, a los ciudadanos respecto de los procedimientos ya finalizados, aunque como afirma el profesor M. Villoría, “la ausencia de regulación específica de este derecho lleva a que, en la práctica, no se aporte información relevante y de control sobre procedimientos finalizados”⁵⁷. La expresión “ciudadanos” contenida en el apartado 1 de este artículo, en principio, y aunque hay alguna opinión doctrinal (E. Irujo) que opina que deberían estar incluidos, por ser un derivado del derecho fundamental de participación política, hace referencia exclusivamente a ciudadanos españoles, sin que tampoco quepa, a juicio del profesor J.M^a Castellà, su ejercicio a los extranjeros mencionados en el artículo 13 de nuestra Constitución⁵⁸. Para los procedimientos no finalizados, así como los procesos de carácter nominativo (que no sean de carácter sancionador), únicamente se permite el acceso a aquellos ciudadanos que ostenten la condición de interesados según el artículo 31 LRJ-PAC. Lo que, y de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el ejercicio por parte de las personas jurídicas de este derecho⁵⁹, puesto que por su naturaleza es susceptible de serlo, como en el caso de la sentencia que nos ocupa. Los investigadores tienen una mención especial en el apartado 7, que de una manera bastante abstracta e indeterminada les facultaría, en principio, para tener un derecho de acceso más amplio. Por lo que respecta al sujeto pasivo, de acuerdo con el artículo 149.1.18 de nuestra Constitución y el artículo 2 LRJ-PAC, se aplicaría, como legislación de bases, en todo el territorio y respecto tanto de la Administración General del Estado como de las administraciones de los diferentes entes territoriales de nuestro Estado autonómico, siempre y cuando no exista una norma específica en las comunidades autónomas que han asumido competencias al respecto (que son todas) y que en todo caso no podría contradecir lo dispuesto en el precepto que estamos explicando. Pero, y hasta donde nosotros sabemos, aunque todas las comunidades autónomas tienen, como decimos, competencias asumidas en la materia, únicamente la Comunidad Autónoma de Galicia ha regulado este derecho de acceso en la Ley 4/2006, de Transparencia y Buenas Prácticas de la Administración Pública Gallega, concretamente en su artículo 4, en unos términos mucho más amplios que los de la ley estatal. En cuanto al objeto, de la lectura del precepto se extrae fácilmente la conclusión de que se ha establecido un doble rasero, dependiendo de si se trata de procedimientos finalizados o no, y en todo caso, con una enorme cantidad de límites a su ejercicio. Ya por último, y respecto del contenido del derecho, siguiendo una vez más al

⁵⁷ Cfr. VILLORIA, Manuel, “Transparencia y participación”, en: SEVILLA, Jordi. (coord.), *La Reforma de la Administración General del Estado*, Madrid, LID, 2010. p. 85.

⁵⁸ Cfr. CASTELLA ANDREU, Josep María, *Los Derechos Constitucionales...*, pp. 305 y ss.

⁵⁹ *Ibid.* p. 309.

profesor de la Universidad de Barcelona, podemos sintetizar el mismo en: a) el acceso propiamente dicho a los documentos que se hallan en los archivos y registros administrativos, previa solicitud (que no tiene por qué ser motivada) concretando a cuál o cuáles documentos se desean acceder. b) El derecho de examen de dichos documentos, que es gratuito. c) El derecho a conservar la información obtenida mediante la fotocopia (que puede incluir un certificado de autenticidad) de los documentos consultados⁶⁰.

Con estas premisas ya podemos entrar de lleno en la crítica de la –a nuestro juicio– desafortunada sentencia objeto del presente epígrafe. Es cierto que –al menos por lo que reflejan los antecedentes de la citada sentencia– los recurrentes no citaron en sus alegaciones el artículo 37 LRJ-PAC que acabamos de examinar, y que a nuestro juicio hubiese dado perfecta cabida, por las razones expuestas, a su petición, de acuerdo con el principio *iura novit curia*, debería haber sido este precepto, de inexcusable conocimiento por los tres magistrados de lo contencioso-administrativo que conformaron el tribunal, aplicado para dar lugar a la pretensión. Lo más sorprendente y criticable desde el punto de vista jurídico, sin embargo, no es tanto esto como el hecho de que en una sentencia desestimatoria del recurso, es decir, una sentencia que niega que exista un derecho del demandante al acceso a la información requerida, reconozca, a modo de pretendido consuelo para los mismos, que:

“Si bien no hay notificación a la información solicitada por parte de la Administración, consta en el expediente administrativo al que ha tenido acceso la parte actora, un informe sobre las preguntas realizadas por la parte recurrente sobre del desarrollo legislativo derivado de la adhesión de España al Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y al Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción, y que es aludido en la demanda, siendo cuestión distinta el que la parte actora discrepe de la citada información”.

Es esperpéntica la contradicción en la que incurre esta sección de la sala de lo contencioso-administrativo con dicha afirmación, después de que ya ha analizado el contenido del artículo 105.b de la Constitución. Porque el hecho de que los recurrentes hayan podido tener acceso a la información que solicitaban una vez que, interpuesta el recurso, el Tribunal les ha dado traslado del expediente administrativo, a fin de que puedan sustentar la demanda es, además de totalmente intrascendente, prueba de que no nos hallamos ante una información que, por tratarse de un secreto de Estado que comprometa la seguridad

⁶⁰ *Ibid.* pp. 317-318.

pública o la persecución de delitos, ni afecta, por supuesto, a la intimidad de las personas.

Pero no es este el único error jurídico en que incurre dicha sección de la sala. En el momento de dictar sentencia había ya jurisprudencia, en concreto, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, vinculando el derecho de acceso a la información con el derecho de participación política del artículo 23.1 de nuestro texto constitucional. En resumen, la sentencia de 24 de mayo de 2006 de la sección tercera de la sala contencioso-administrativa de dicho tribunal, dice que:

“Por lo que al fondo del recurso se refiere, el artículo 105 b) de la Constitución dispone que la Ley regulará, entre otras materias, «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 precepto constitucional remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la Ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción Contencioso-Administrativa). El precepto fue objeto de desarrollo con la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuyo art. 37 dispone (...) De lo expuesto resulta que la norma general es el derecho de acceso a registros, documentos y expedientes obrantes en los archivos administrativos, y la excepción su denegación, razón por la que la Ley exige que la denegación sea siempre motivada y que se realice por las taxativas razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley”.

Esta sentencia, mucho más consistente jurídicamente hablando, relaciona el derecho de acceso, de configuración legal, con el derecho de participación del artículo 23.1, algo que, como vimos, la Audiencia Nacional rechazó de plano, y lo que es más importante, aplicó para la resolución del conflicto el artículo 37 LRJ-PAC.

Con todo, lo que demuestra esta desafortunada sentencia, es que hace falta una legislación más clara, precisa y concreta en España relativa al derecho de acceso, que nos equipare con otros países de nuestro entorno (excepto, como vimos, Italia), como la que se explica a continuación.

V. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN EN ESPAÑA

Como hemos dicho, en el contexto legal español existen ya determinadas normas que regulan el acceso a los ciudadanos a la información que obra en manos de los poderes públicos, así por ejemplo la Ley 30/1992 que en su artículo 37 establece una regulación general del derecho de acceso a los ciudadanos a los registros y documentos administrativos, o la Ley 27/2006 de acceso a la información relativa al medio ambiente, o la Ley 37/2007 de Reutilización de la información del sector público... etc. Sin embargo y como hemos visto por el análisis de la sentencia anterior, no es suficiente.

A su vez, ya mencionado en apartados anteriores, existe una serie de normas que forman parte del llamado derecho comunitario y que también “animan” a los países del entorno europeo a elaborar leyes más específicas.

En la actualidad en España⁶¹ se pretende exactamente lo mismo, se considera un deber demandado por la propia Constitución, tanto es así que se ha elaborado el mencionado anteproyecto, que como bien indica su nombre busca la transparencia y la facilidad en el acceso a la información pública, lo cual se considera un indicio de calidad y de buena salud de los sistemas democráticos. A su vez y resaltando la consideración que como derecho fundamental se tiene del mismo en el marco comunitario, el anteproyecto⁶² lo describe al menos como un principio básico y potenciador de participación ciudadana.

La ley, una vez aprobada, tendría un claro corte aperturista, tomando conceptos de todas las leyes europeas ya aprobadas, con las únicas limitaciones que exige el principio de proporcionalidad legal.

En lo que se refiere al ámbito objetivo de la ley, supera ese concepto restrictivo de documento, para en su artículo 2.1 aludir a cualquier tipo de soporte o forma de expresión de dicha información:

⁶¹ El 21 de junio del 2011 el Congreso aprueba por unanimidad instar al Gobierno a la adopción de medidas de transparencias. El 21 de julio del mismo año, el Parlamento aprueba una serie de medidas llamadas de transparencia democrática.

⁶² Debido al adelanto electoral anunciado y previsto para el 20 de noviembre de 2011, es imposible que dicho anteproyecto quede aprobado en la presente legislatura y por el actual Gobierno, así pues todas las conclusiones se entienden como provisionales. De otra parte y como se presenta el actual debate sobre la cuestión en España, es poco probable que el nuevo Gobierno lo revitalice.

Artículo 2. Información pública.

1. A los efectos de esta ley, se considera información pública aquella información, cualquiera que sea el soporte y forma de expresión, elaborada o adquirida por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y que obren en su poder (...).

En cuanto a la titularidad del derecho de acceso, toma nota de legislaciones nórdicas, dando la posibilidad a cualquier persona, cualquiera que sea su condición o circunstancia, sin que sea preciso motivar la petición, por tanto se deshace del concepto indeterminado y poco deseado de interés legítimo, que una vez sale a relucir en el camino regulatorio de dicho derecho.

Artículo 4. Titulares del derecho de acceso.

Todas las personas tienen derecho a acceder, previa solicitud, a información pública, sin más limitaciones que las contempladas en esta ley. No será necesario motivar la solicitud.

Una de las grandes innovaciones del citado anteproyecto español será la armonización especial que hace con la ley de protección de datos de carácter personal, ya que si bien en la mayor parte de legislaciones europeas esto se configura como un límite general a esta ley de acceso a la información, en la nueva ley se permite una apertura a dicho acceso cuando dichos datos estén directamente vinculados con la organización, funcionamiento y actividad pública.

Como segunda innovación del anteproyecto encontramos la configuración del silencio de la Administración como positivo, lo que se pretende es que dicho acceso a la información se realice de forma pronta y sin dilaciones, rasgo que debe caracterizar a dicho acceso ya que si no se accede con prontitud, dicha información puede quedar obsoleta o sin efectos para lo pretendido.

Por lo que se refiere a los límites, partíamos de la base de considerar la ley como de corte aperturista, pero en este caso van un paso más allá, ya que no existen límites generales y/o excluyentes, de hecho el artículo 5 introduce el condicional de “podrá ser limitado (...)”, es decir, no se habla imperativamente, no se excluye “en todo caso”, como sí ocurría en las legislaciones anteriores analizadas. En este caso se realizan juicios de ponderación.

Artículo 5. Limitaciones del derecho de acceso.

1. El derecho de acceso sólo podrá ser limitado cuando de la divulgación de la información pudiera resultar un perjuicio para:

(...)

También se prevé la posibilidad a modo de Comisión, que la Oficina española de Protección de datos y acceso a la Información estudie los casos de posibles conflictos.

El anteproyecto se presenta como el más innovador y amplio en cuanto a la configuración del acceso, hasta el momento de todas las legislaciones existentes en Europa, se espera una ley clara, concisa y que busca sobre todo potenciar la participación ciudadana en las gestiones de carácter público.

VI. CONCLUSIONES

Como consideraciones finales, debemos resaltar que tomando una visión positiva, lo cierto es que el Derecho de Acceso a la Información ha ido ganando terreno en la labor legislativa de muchos países democráticos actuales. Ha sido y es un derecho que ha dado lugar a interesantes debates tanto estrictamente académicos como prácticos, en el ámbito de los aplicadores de derecho. En este sentido cabe resaltar que a ambos lados del Atlántico la tarea de buscar mayor libertad y acceso a las informaciones que obran en manos de las Administración y subsiguientemente ejercer un control sobre las mismas, ha sido muy enriquecedora, si bien partiendo de inicios bien distintos.

El derecho de acceso fue reconocido constitucionalmente de manera más efectiva en el continente americano, dándole desde un origen un tratamiento especial de derecho fundamental y amparado y protegido jurisprudencialmente; como elemento menos positivo, cabe subrayar lo poco dados que han sido a crear leyes más específicas y en las que se trate este derecho de forma más autónoma.

De otro lado en el continente europeo si bien constitucionalmente este derecho no ha sido reconocido en todos los casos de manera explícita, es justo reconocer que el trabajo en el campo del derecho comparado de la Unión Europea ha sido muy tranquilizador y ha dado ejemplo para que el resto de sus Estados miembros creasen a su vez leyes más específicas (con algunas excepciones), dando lugar a un conjunto de leyes bastante interesantes y con tratamientos innovadores de muchas cuestiones, que hacen posible la transparencia informativa.

Como excepciones, el caso italiano donde el derecho de acceso no aparece expresamente recogido en la Constitución y, por la parte que nos respecta, el caso español, donde, como en el caso italiano, aún está pendiente de aprobación una ley específica. El camino para su aprobación se ha comenzado a recorrer con el anteproyecto de ley que se ha estudiado en este artículo, un camino muy esperanzador con una ley que de aprobarse podría realmente satisfacer todas las exigencias de transparencia y de acceso a informaciones públicas, por parte de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- BASTERRA, Marcela, “El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Argentina”, en: *Derecho Comparado de la Información*, enero-junio (2009), pp. 3-64.
- CANO BUESO, Juan, *El Derecho de Acceso a la Documentación de los Diputados en el Ordenamiento Parlamentario Español*, Madrid, Congreso de los diputados, 1996.
- CARBONELL, Miguel, “El Derecho de Acceso a la Información y el Poder Judicial de la Federación”, en: *Derecho Comparado de Acceso a la Información*, N° 3 (2004), pp. 189-199.
- CARPIZO MCGREGOR, Jorge, “Constitución e Información”, en: HERNÁNDEZ, A. y VALADÉS, D. (coords.), *Estudios sobre el Federalismo, Justicia, Democracia y Derechos Humanos. Estudios en Homenaje a Pedro J. Frías*, México, Universidad Autónoma de México, 2003, 412 pp.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep, *Los Derechos de Participación Política en la Administración Pública*, Barcelona, CEDECS, 2001.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Los Concejales y el Derecho a la Información. El derecho de los concejales de acceso a la documentación local*, Granada, Comares, 2001.
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, “Derecho de acceso a la Información en Chile: Nueva regulación e implicaciones para el sector de la defensa nacional”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 7 N° 1 (2009).
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, *Transparencia y Acceso a la Información en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2002, 181 pp.
- GUICHOT REINA, Emilio, “El Nuevo Derecho Europeo de Acceso a la Información Pública”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 160 (2003).
- LÓPEZ LÓPEZ, Pedro y MORRILLO CALERO, María Jesús, “Derecho a la Información y Democracia en el marco de la globalización neoliberal: bibliotecas, archivos, y medios de comunicación de masas”, en: *Revista General de Información y Documentación*, 13 N° 2 (2003), pp. 97-131.
- LOMBARDI, Giorgio, “Poder Privado, Media, y Derechos Individuales”, en: ASENSI SABATER, José, *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo Actual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 403-409.
- LUCAS VERDU, Pablo, “Constitución española de 1978 y Sociedad Democrática Avanzada”, en: *Revista de Estudios Políticos*, N°10 (1981), pp. 7-45.
- MIRAVALLES CALLEJA, Celia, “Información: del Derecho a la realidad”, en: *Comunicar* 4 (1995), pp. 99-102.

- ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Derecho a la Información vs. Derecho al Honor*, Madrid, CEPC, 2009, 231 pp.
- PÉREZ, Efraín y MAKOWIAK, Jessica, “El Derecho de acceso a la Información en Europa y América Latina. Un enfoque Constitucional”, en: *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/10/DERECHOACCESO.htm>
- PIGRAU SOLÉ, Antoni, “Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, en: PIGRAU SOLÉ, A (dir.), *Acceso a la información, participación pública, y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Barcelona, Atelier, 2008, 403 pp.
- PÉREZ ROYO, Javier, “El Derecho a la Información”, en: *Boletín de la ANABAD*, tomo 49 Nº 3-4 (1999), pp. 19-34.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El Buen Gobierno y la Buena Administración de las Instituciones Públicas*, adaptado a la Ley 5/2006 de 10 de abril, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, 208 pp.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, “El Derecho de Acceso a la Información estatal. El caso de Costa Rica”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 112 (enero-abril 2007).
- TAJADURA TEJADA, Javier, “La Noción de Sociedad Democrática Avanzada en la Constitución de 1978”, en: *Sistema*, Nº 147 (1998), pp. 27-52.
- VILLORIA, Manuel, “Transparencia y participación”, en SEVILLA, Jordi (coord.), *La Reforma de la Administración General del Estado*, Madrid, LID, 2010.