

Estudis IntegriCat



OFICINA
ANTIFRAU
DE CATALUNYA



1. **Introduction:** This document provides a detailed overview of the project's objectives, scope, and the methodology employed for data collection and analysis.

2. **Methodology:** The research methodology involves a combination of qualitative and quantitative approaches, including interviews, surveys, and content analysis.

3. **Data Collection:** Data was collected through various channels, including online surveys, focus group discussions, and archival research.

4. **Analysis:** The collected data was analyzed using statistical software and thematic analysis to identify key trends and patterns.

5. **Conclusion:** The findings of the study indicate that there is a significant correlation between the variables studied, suggesting the need for further research in this area.

6. **References:** The following references were consulted during the research process:

7. **Appendix:** The appendix contains supplementary information, including raw data, interview transcripts, and additional figures.

04

Derecho de acceso a la información pública y transparencia

Colección Estudios IntegriCat, núm. 4. *Oficina Antifraude de Cataluña*

Permitida la reproducción siempre que se cite la procedencia.

Edición abril de 2013

Oficina Antifraude de Cataluña

Derecho de acceso a la información pública y transparencia

Aspectos clave en su regulación

Área de legislación y asuntos jurídicos

Abril 2013

©Oficina Antifrau de Catalunya
www.antifrau.cat

Traducción a la lengua castellana: Isabel Llasat

Edición cerrada el abril de 2013

La versión digital de este documento está accesible en www.antifrau.cat

Índice

1. Introducción.....	7
2. El acceso a la información pública. ¿Qué hay en juego?	11
3. Marco normativo	17
3.1. Instrumentos internacionales de referencia	17
3.2. Ámbito constitucional.....	26
3.3. Ámbito estatutario.....	30
3.4. Ámbito legal.....	31
3.4.1. Administraciones públicas y gobierno.....	31
3.4.1.1. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.....	31
3.4.1.2. Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña.....	35
3.4.1.3. Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno	40
3.4.1.4. Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del Estado	43
3.4.1.5. Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (del Estado).....	43
3.4.1.6. Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.....	45
3.4.1.7. Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.....	48
3.4.2. Leyes especiales	49
3.4.2.1. Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales	49
3.4.2.2. Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público	51
3.4.2.3. Especial referencia a la normativa de archivos y documentos	57
3.4.2.4. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos	61

3.4.2.5. Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña.....	63
3.4.3. Normativa sectorial	65
3.4.3.1. Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.....	65
3.4.3.2. Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán.....	66
3.4.3.3. Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.....	68
3.4.3.4. Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.....	69
3.4.3.5. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública	71
3.4.3.6. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible	72
3.4.3.7. Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera	73
3.4.3.8. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público	75
3.4.4. Poderes legislativo y judicial	76
3.4.4.1. Régimen específico de la información sobre actuaciones legislativas	76
3.4.4.2. Régimen de acceso a las informaciones del poder judicial	78
4. De lege ferenda	86
4.1. Antecedentes inmediatos	86
4.2. Aproximación a la concurrencia de competencias normativas.....	88
4.3. Principios originarios del derecho de acceso a la información pública.....	90
4.3.1. Principio democrático	90
4.3.2. Principios de publicidad y transparencia	90
4.3.3. Principio de participación	94
4.4. Titularidad del derecho de acceso	95

4.5. Sujetos obligados	97
4.6. Objeto del derecho	107
4.6.1. ¿Qué hay que entender por información pública?	107
4.6.2. Criterios de delimitación	109
4.7. Los límites al derecho de acceso	118
4.7.1. Establecimiento de los límites.....	118
4.7.2. Interpretación	120
4.7.3. Aplicación.....	120
4.7.4. Especial consideración a la protección de los datos personales como límite al derecho de acceso a la información pública.....	124
4.7.5. El acceso parcial a la información pública solicitada.....	133
4.8. Garantías	136
4.8.1. Garantías procedimentales	136
4.8.1.1. La solicitud de acceso.....	136
4.8.1.2. Trámite de audiencia a terceros	141
4.8.1.3. Resolución	142
4.8.1.4. La gratuidad en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública	150
4.8.2. Garantías sustantivas	151
4.8.2.1. Autoridad de tutela	151
4.8.2.2. Régimen sancionador	173
4.8.2.3. Especial referencia a la protección de la persona informante (whistleblower).....	174
4.9. Publicidad activa	176
4.9.1. Relación entre la publicidad activa y el derecho de acceso a información pública.....	176
4.9.2. Ámbito subjetivo, destinatarios y limitaciones aplicables a la información difundida.....	178
4.9.3. La información pública objeto de publicidad activa	178
4.9.4. Medios electrónicos	179
4.9.5. Publicidad de las sesiones	180

4.10. La ley de transparencia como norma supletoria y de mínimos.....	181
5. Conclusiones.....	183
5.1. Decálogo	183
5.2. Conclusiones generales y recomendaciones	185
6. Anexo.....	198

«Cada vez que la tiranía intenta someter la masa de un pueblo a la voluntad de una de sus partes, cuenta entre sus medios con los prejuicios y la ignorancia de sus víctimas»¹

1. Introducción

Con la creación el año 2008 de la Oficina Antifraude de Cataluña, nuestro país fue pionero en dotarse de una institución específicamente dirigida a preservar la transparencia y la integridad de nuestras instituciones y a incorporar a la agenda pública la prevención de la corrupción, asignatura todavía pendiente en el estado español.

Entre las finalidades que la Ley 14/2008 encomienda a la Oficina se encuentra la de «[i]mpulsar todas las medidas que sean pertinentes para lograr la transparencia en la gestión del sector público» (artículo 1); y entre sus funciones se hallan las de «[e]studiar, promover e impulsar la aplicación de buenas prácticas en relación con la transparencia en la gestión pública» y la de «proponer las medidas necesarias para lograr más transparencia en la gestión del sector público» (artículo 3).

El presente documento se inscribe en la función de estudio de la Oficina y constituye una primera aportación con la que pretende contribuir a difundir y facilitar la comprensión de la naturaleza y alcance del llamado «derecho de acceso a la información pública».

En el momento de elaboración de este documento, España figura entre los últimos estados miembros del Consejo de Europa que todavía no han aprobado una ley de acceso a los documentos públicos.

Para la Oficina Antifraude, la ley debe tener un objeto exclusivo y perfectamente definido: el derecho de acceso a la información pública, tanto en su dimensión objetiva (transparencia) como subjetiva (derecho subjetivo).

Partiendo de esta premisa, no compartimos el criterio seguido por alguna de las últimas iniciativas (*vid.* Anexo) impulsadas en la esfera estatal o autonómica de regular, junto con el acceso a la información, otras materias como el buen gobierno o los compromisos éticos que, si bien pueden tener cierta relación en alguno de sus contenidos, responden a otra finalidad y suelen tener un ámbito de

¹ CONDORCET, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, 1793.

aplicación diferente. En este sentido, la Oficina constata la conveniencia de impulsar una medida legislativa consistente en integrar en un único cuerpo normativo, completo y sistematizado —a modo de un «Código de integridad del servidor público»—, el conjunto de deberes y obligaciones relacionados con la integridad a fin de prever, con carácter general, el grueso principal de medidas de evitación de conflictos de intereses de forma común y unívoca, para todos los servidores públicos.

Estamos ante una ley llamada a tener un impacto considerable en la cultura administrativa de opacidad hasta ahora imperante. Corresponderá a los poderes públicos desarrollar una intensa labor pedagógica de difusión, dirigida no solo a la ciudadanía —principal beneficiaria—, sino también a los servidores públicos que la tendrán que aplicar.

Claridad de los mandatos, concreción y brevedad de la ley reguladora son características deseables porque contribuyen a la seguridad jurídica y a la visibilidad necesaria².

La no existencia de una ley específicamente dedicada a regular de manera autónoma esta materia no significa que los ciudadanos de nuestro país no puedan acceder a ninguna información pública. El acceso es posible, pero está negativamente condicionado por una regulación hoy obsoleta y fragmentada del derecho que, en detrimento de la seguridad jurídica, dificulta que los poderes públicos adopten decisiones previsibles.

La Oficina Antifraude de Cataluña aborda esta cuestión desde la perspectiva de un Estado, como es España, y de una Comunidad Autónoma, como es Cataluña, que, compartiendo una normativa constitucional y legal básica, no disponen de ninguna regulación autónoma propiamente dicha del derecho de acceso a la información pública.

Como se podrá comprobar a lo largo de este documento, la Oficina toma partido abiertamente por la opción de una ley específica al margen de la normativa

² Sobre esa claridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que uno de los requisitos que emana de la expresión «prescrito por la ley» es la de la predecibilidad (o *foreseeability*). Así pues, una norma no puede ser considerada como «ley» si no ha sido formulada con la suficiente precisión para permitir a los ciudadanos regular su conducta; tienen que ser capaces, en un grado que sea razonable dentro de las circunstancias, de prever las consecuencias que una acción determinada puede comportar, sin que esto implique que las consecuencias puedan ser previstas con una certeza absoluta, puesto que la experiencia ha demostrado que esto sería inalcanzable. En particular, una norma es «previsible» cuando aporta una medida de protección contra las interferencias arbitrarias por parte de las autoridades públicas (*vid.* Caso Centro Europa 7 S.R.L y Di Stefano contra Italia, núm. 38433/09, 7 de junio de 2012, § 141 143 y Caso Tourancheau y July contra Francia, núm. 53886/00, 24 de noviembre de 2005, § 54).

reguladora del procedimiento administrativo y del régimen de las administraciones públicas, porque entiende que su ámbito de aplicación tiene que ser más amplio y abarcar, no solo a la totalidad de los sujetos que integran el sector público, sino también a aquellos otros que materialmente asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos bajo la autoridad de los entes públicos.

Además, como toda ley, la de acceso está llamada a integrarse en el resto del ordenamiento jurídico y a convivir con otras normas con las cuales necesariamente tendrá que mantener coherencia, especialmente la normativa de protección de datos de carácter personal, la que regula los archivos públicos, la relativa a la administración electrónica o la reguladora de la reutilización de la información del sector público.

En este sentido, la Oficina confía que el Parlamento de Cataluña pueda aprobar lo antes posible, en el curso de la presente Legislatura, una ley de acceso a la información pública que culmine el proceso ya iniciado por la ponencia conjunta que fue constituida en la IX Legislatura con la misión de presentar una proposición de ley de transparencia y acceso a la información pública. Sin duda los trabajos preparatorios llevados a cabo por dicha ponencia podrían servir como valioso antecedente que podría desarrollar la nueva ponencia conjunta, cuya constitución ha sido acordada, ya en la X Legislatura, por acuerdo de la Mesa del Parlamento de 5.2.2013.

Analizaremos cuál debería ser el contenido regulador del derecho y los retos que plantea la evolución hacia una cultura administrativa de la transparencia, sin prejuzgar eventuales condicionantes derivados del marco de distribución de competencias vigente Estado-Generalidad.

En todo caso, hay que tener presente que la promulgación de una ley de acceso a los documentos públicos no es suficiente *per se* para garantizar la efectividad del ejercicio del derecho. Por esto habrá que contar con mecanismos de supervisión, de control de la aplicación y de reacción, sin olvidar el necesario contexto favorable al cambio de cultura político-administrativa.

2. El acceso a la información pública. ¿Qué hay en juego?

El derecho de acceso a la información pública se fundamenta en la idea que «las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos»³.

Estamos ante un verdadero derecho público subjetivo, en el cual el interés que hay que proteger jurídicamente es el «derecho a saber» que tienen todas las personas.

En consecuencia, «todos los documentos públicos son en principio públicos y solo pueden ser retenidos a fin de proteger otros derechos e intereses legítimos»⁴.

Al «derecho a saber» se contraponen la concepción tradicional basada en el secretismo en el ejercicio del poder (*arcana imperii*)⁵.

El filósofo Platón defendió en su obra *La república* que el estado ideal era aquel en el que las razones y las verdades de la política solo tenían que resultar accesibles a una clase intelectualmente superior llamada a gobernar. Esta teoría estaba avanzando lo que hoy conocemos como *tecnocracia* que, por contraposición a la democracia, significa que solo aquellas pocas personas que entienden de las cosas toman decisiones, arrinconando la idea de que todo el mundo puede decidir sobre todo.

Los prejuicios y la ignorancia del pueblo justifican que los secretos del poder hayan de quedar por lo tanto reservados a un reducido grupo de personas, las únicas capaces de entender lo que es la verdad y el bien.

³ Así empieza la Exposición de Motivos de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

⁴ Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, sobre el acceso a los documentos públicos (2009).

⁵ Fue el historiador Tácito quién acuñó por primera vez la expresión *arcana imperii*. *Arcana* proviene de una raíz indoeuropea, *arek*, que significa «secreto», algo que se retiene o que se guarda. No se refiere solo a secretos del imperio o del Estado, sino a verdades que poseen un sentido casi sagrado, ritual, es decir, a misterios insondables de la política. Los *arcana imperii* no se reducen a la condición de información llana sobre cuestiones públicas, sino a información selecta, privilegiada, que define como sujeto de poder a quién la posee y la administra. Vid. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1799/4.pdf>

Siglos más tarde, Maquiavelo iba todavía más allá al defender la idea de la «noble mentira», entendida como el supuesto derecho del gobernante a engañar al pueblo por su propio bien.

Históricamente se ha podido constatar la correlación existente entre el autoritarismo y la censura informativa.

Hoy, a pesar de que estas construcciones lógicas difícilmente encontrarían respaldo entre la clase gobernante de los países democráticos de nuestro entorno, *de facto*, el secreto administrativo ha sido y continúa siendo la práctica común de los gobiernos.

Una tradición burocrática heredada de secretismo, fuertemente arraigada en nuestras administraciones públicas, ha encontrado amparo en la legislación que regula el régimen jurídico (otorgando un amplio grado de discrecionalidad para decidir en cada caso la procedencia o no de hacer pública la información) y en la normativa de la función pública (imponiendo el deber estatutario de confidencialidad y discreción).

Cuando, por la información que se pide, una solicitud resulta «molesta», la Administración acostumbraba a tener a su alcance un amplio abanico de recursos argumentales para denegarla: falta de legitimación de la persona solicitante, petición imprecisa, materia reservada, información no disponible, información que habría que elaborar previamente, «la información afecta a datos de carácter personal»... Y, si con esto no bastaba, siempre quedaba la posibilidad del silencio, es decir de dejar de responder la petición. Este último recurso, por cierto, ha sido uno de los más empleados en la práctica, conocedora como es la Administración de que con el silencio se aboca al ciudadano a la vía del recurso ante los tribunales. Los costes económicos y de tiempo que esto supone suelen hacer desistir definitivamente de la petición.

Cataluña no es ajena a este estatus. Así, el Síndic de Greuges⁶ afirma que «la experiencia del Síndic en la defensa del derecho de acceso a la información ha permitido detectar cierta resistencia de nuestras administraciones a la hora de facilitar el acceso a quien lo pide y de difundir información de manera comprensible».

De entre los distintos argumentos aludidos a favor del secretismo destaca el relacionado con la imparcialidad de los funcionarios. Para los defensores del secreto, este protege a los funcionarios de presiones indebidas. Se entiende que

⁶ Vid. Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012.

la información obtenida prematuramente podría ser utilizada para obtener ventajas indebidas y comprometería la imparcialidad de las decisiones.

A favor del secreto también se ha argumentado que para hacer frente a todas las solicitudes de documentación e información haría falta adecuar las estructuras administrativas, con el correspondiente coste y riesgo de interferir en la prestación eficaz de los servicios. Igualmente se aduce el peligro de facilitar información indebida o que pueda ser utilizada para invadir la vida privada otras personas.

Tampoco faltan quienes avisan de los riesgos que puede comportar una liberación descontrolada de información que provoque una saturación de datos entre destinatarios acríticos con dificultades para comprenderlos.

Sin embargo, toda sociedad democrática avanzada tiene que aspirar a lograr un alto grado de transparencia que no solo posibilita una mayor participación de todos en los asuntos públicos, sino que redobla la confianza de la ciudadanía en las instituciones, porque puede conocer los procesos de toma de decisiones y, en consecuencia, multiplica las ocasiones de control y de rendición de cuentas a los que tienen que estar sometidos los poderes públicos. En buena lógica, esto solo es posible con una ciudadanía muy informada.

Ya en el documento de la Comisión Europea denominado «La gobernanza europea. Un libro blanco» [COM (2001) 428 final] se afirma que: «la democracia depende de la capacidad de los ciudadanos para participar en el debate público. Para ello, deben tener acceso a una información fiable sobre los asuntos europeos y estar en condiciones de seguir con detalle cada una de las etapas del proceso político».

Hasta podríamos afirmar que la transparencia administrativa se halla implícita en las raíces de la tradición democrática europea si tenemos en cuenta que, ya en el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se establecía que la sociedad tiene derecho a exigir a todo agente público que le rinda cuentas de su administración.

Llegados a este punto, conviene aclarar las dos vertientes del derecho de acceso a la información pública.

Cuando nos referimos a la información que los poderes públicos ponen a disposición de la ciudadanía sin una petición previa, hablamos de transparencia activa o, sencillamente, de transparencia. Constituye la dimensión objetiva del derecho de acceso en cuanto que implica una determinada concepción de la relación de la Administración con los ciudadanos.

Cuando alguien solicita acceder a determinada información y la Administración tiene el deber de facilitarla, hacemos referencia a la transparencia pasiva o, más precisamente, al derecho de acceso a la información pública, en su dimensión subjetiva (derecho público subjetivo).

El reto al que tienen que enfrentarse los estados a la hora de regular esta materia es encontrar el justo equilibrio entre la aspiración política de transparencia y la también necesaria protección de otros intereses legítimos concurrentes.

En determinados ámbitos, el secreto puede resultar necesario, puesto que un estado que actuara permanentemente en un escaparate vería seriamente comprometida su eficiencia.

En estos casos, corresponde al Estado la carga de clasificar las informaciones que tienen que quedar exceptuadas de la regla general, que es el libre acceso de los ciudadanos.

En este sentido resulta plenamente compatible con la democracia que una mayoría haya decidido limitar a unas pocas personas escogidas el acceso al conocimiento sobre una materia. Aquí, la clasificación de una materia como *secreta*, *reservada*, *confidencial*, etc. tiene carácter excepcional y resulta conocida por los demás ciudadanos, que son conscientes de la exclusión a que están sometidos, pero que han delegado en otros la exclusiva del conocimiento de ciertas informaciones. El secreto, en estos casos, es legítimo precisamente porque la ciudadanía sabe que la información existe aunque no le esté permitido acceder a su contenido.

Así pues, en los sistemas democráticos avanzados será perfectamente razonable que el juego de equilibrios al que acabamos de referirnos se incline ligeramente hacia un lado u otro de la balanza, dependiendo de la sensibilidad del gobierno de turno al respecto⁷.

En conclusión: el ejercicio visible del poder puede resultar incómodo. Saber que lo que hacemos será observado o podrá serlo nos hace ser mucho más cuidadosos. La transparencia tiene por tanto un evidente efecto disciplinario para los decisores públicos. Por esto también se puede afirmar, como han hecho las diversas fuerzas parlamentarias con representación en el Parlamento de Cataluña que «[l]as leyes de transparencia y acceso a la información pública han sido una de las medidas que han resultado más efectivas en el derecho

⁷ Esto lo ilustra a la perfección la experiencia reunida en Estados Unidos con respecto a la *Freedom of Information Act* (FOIA). Esta ley se ha visto constantemente sometida a tensiones derivadas de las diferentes visiones de los partidos demócrata y republicano.

comparado a la hora de combatir la corrupción como mecanismo de prevención dentro del sistema institucional y político, incrementando la transparencia, la rendición de cuentas y, en definitiva, la democracia. [...]»⁸.

⁸ Exposición de motivos de la solicitud formulada el 24.1.2011 por la práctica totalidad de los representantes políticos al Parlamento de Cataluña y dirigida a la Mesa, para proceder al nombramiento de una ponencia conjunta para la elaboración de una proposición de ley de transparencia y acceso a la información pública (BOPC núm. 23, de 21.2.2011).

3. Marco normativo

En el presente apartado del documento ponemos a disposición de la persona lectora una selección de normas cuyos preceptos o fragmentos más pertinentes hemos transcrito a fin de reunir, de forma exhaustiva y sistemática, el marco normativo de referencia.

Para facilitar la comprensión de los textos transcritos, en algunos casos hemos considerado oportuno añadir el correspondiente comentario o información adicional.

En cuanto a los criterios de clasificación empleados, hemos combinado primero el rango normativo al efecto de enumerar las fuentes internacionales, constitucionales, estatutarias y legales.

La heterogeneidad de las últimas fuentes nos lleva, de acuerdo con nuestro objeto, a ordenarlas a su vez en cuatro bloques: el primero, «Administraciones públicas y gobierno», nos introduce a los deberes de transparencia e información en la actuación del poder ejecutivo; en el segundo destacamos las leyes que inciden particularmente en lo relativo al acceso a la información, toda vez que tienen como común denominador cierta vocación de transversalidad. Las hemos agrupado bajo el título de «Leyes especiales»; en tercer lugar, y en la medida en que la transparencia adopta manifestaciones múltiples en diferentes ámbitos materiales de regulación, hemos hecho la oportuna compilación en el bloque titulado «Normativa sectorial»; y por último, hemos considerado necesario dejar constancia de las normas que regulan la transparencia en el seno de los «Poderes legislativo y judicial».

3.1. Instrumentos internacionales de referencia

- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789:

«Artículo 15.

La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración.»

La rendición de cuentas solo es posible si pensamos en una ciudadanía madura y muy informada, que constituya un factor de presión y, a la vez, un incentivo que favorezca que los empleados públicos actúen guiados exclusivamente por la satisfacción del interés general y que lo hagan de manera eficiente.

En este sentido, la definición de «buena gobernanza» que da el Banco Mundial, incluye, entre otros factores, el relativo a la rendición de cuentas y a la ética profesional⁹.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, proclama:

«Artículo 19.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Esta norma, cuando reconoce expresamente que el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a buscar y recibir informaciones e ideas, proporciona la clave hermenéutica para entender que la libertad consagrada en el artículo 20.1d) CE no puede ser entendida sin la concurrencia de uno de los elementos que integran su contenido: el derecho de buscar o investigar. Aunque no se especifique, hay que entender incluidas las fuentes gubernamentales de información.

• Por su parte, el Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, señala:

«Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar

⁹<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/MENAEXT/EXTMNAREGTO/PGOBIERNOANCE/0,,contentMDK:20513159~pagePK:34004173~piPK:34003707~theSitePK:497024,00.html>

informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que la libertad de expresión, tal como queda garantizada en el artículo 10 § 1 de la Convención, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso (*vid.* Caso Centro Europa 7 S.R.L y Di Stefano contra Italia, núm. 38433/09, 7 de junio de 2012, p. 131 y Caso Lingens contra Austria, núm. 9815/82, 8 de julio de 1986, § 41, serie A núm. 103). En el caso de Centro Europa, en el que se dirimía un asunto de libertad de prensa, el Tribunal llega a la conclusión de que la libertad de prensa y los medios de comunicación permiten al público descubrir y formarse una opinión de las ideas y de las actitudes de los líderes políticos. Corresponde a la prensa difundir información e ideas sobre temas políticos y otros asuntos de interés público, pero no solo la prensa tiene la labor de impartir esta información y estas ideas, sino que el público también tiene el derecho a recibirlas (*vid.*, por ejemplo, Caso Handyside contra Reino Unido, núm. 5493/72, 7 de diciembre de 1976, § 49, Serie A núm. 24 y el Caso Lingens, citado *ut supra*, § 41-42). Al mismo tiempo, el Tribunal recuerda el papel vital de *public watchdog* que tiene la prensa en una sociedad democrática (*vid.* Caso Yordanova y Toshev contra Bulgaria, núm. 5126/05, 2 de octubre de 2012, § 46).

•El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, prevé:

«Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad 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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a. Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.»

•Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003:

«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.»

«Artículo 13. Participación de la sociedad.

1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:

- a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;
- b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;
- c) Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios;
- d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros;
 - ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.»

- El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰ contiene entre las disposiciones de aplicación general (Título II) de la Primera Parte (Principios), la siguiente norma:

«Artículo 15. (antiguo artículo 255 TCE)

1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.

2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo.

3. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

El Parlamento Europeo y el Consejo, por medio de reglamentos adoptados en conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, determinan los principios generales y los límites que, por motivos de interés público o privado, rigen el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada institución, órgano u organismo garantiza la transparencia de sus trabajos y elabora en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de acuerdo con los reglamentos a que hace referencia el segundo párrafo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones solo quedan sujetos a este apartado cuando ejercen funciones administrativas.

El Parlamento Europeo y el Consejo garantizan la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos a que hace referencia el segundo párrafo.»

¹⁰ Versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007 (DOUE núm. C83, de 30.3.2010) y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1.12.2009.

a Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, establece:

«Artículo 42. Derecho de acceso a los documentos

Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, cualquiera que sea su soporte.»

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009 –en virtud del cual quedaba recogido en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea la plena integración de la Carta en los tratados fundacionales y con el mismo valor jurídico que estos– puede afirmarse que dicha Carta resulta vinculante para los estados miembros «cuando apliquen el derecho de la Unión».

Así, el artículo 42 de la Carta consagra el derecho de acceso a los documentos en poder de las instituciones y organismos de la UE como verdadero derecho fundamental.

Sigue siendo, sin embargo, competencia de los estados miembros la regulación interna del derecho de acceso a los documentos públicos.

En la medida en que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no hace sino establecer un «mínimo común denominador» de principios que recogen las tradiciones comunes de los estados miembros, no faltan autores que, de acuerdo con lo que establece el artículo 10.2 CE, entienden que el derecho fundamental a la libertad de información (artículo 20.1 d) CE) debe interpretarse con arreglo a dicho artículo 42 de la Carta¹¹.

•Desarrollando el aspecto anterior, el Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión («Reglamento sobre la transparencia»), dice:

«Artículo 2. Beneficiarios y ámbito de aplicación

1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tiene

¹¹ Vid. comentario en los artículos 20 y 105 CE en el apartado 3.2 del presente estudio.

derecho a acceder a los documentos de las instituciones, con arreglo a los principios, condiciones y límites que se definen en el presente Reglamento.

2. Con arreglo a los mismos principios, condiciones y límites, las instituciones podrán conceder el acceso a los documentos a toda persona física o jurídica que no resida ni tenga su domicilio social en un Estado miembro.

3. El presente Reglamento será de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea.

»4; 5; 6 [...].»

«Artículo 3. Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

a) «documento», 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;

»b) [...].»

Este Reglamento parte de un concepto de «documento» que, aun siendo ciertamente amplio –se incluye todo tipo de contenido, independientemente de su soporte–, solo cubre aquella información contenida en documentos ya existentes. En consecuencia, las solicitudes de información que requieran para su respuesta la elaboración de documentos nuevos quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento¹².

• El Consejo de Europa abrió el 18.6.2009 a la firma y a la adhesión el Convenio núm. 205, sobre el Acceso a los Documentos Públicos (en adelante, el «Convenio del Consejo de Europa núm. 205»):

¹² *Vid.* punto 2.3.1 del Informe de la Comisión, de 30 de enero de 2004, sobre la aplicación de los principios del Reglamento (CE) 1049/2001, COM (2004) 45 Final.

«Artículo 1. Disposiciones generales

1) Los principios precisados de aquí en adelante se deben entender sin perjuicio alguno de las leyes y regulaciones propias de cada Estado y de los tratados internacionales que reconocen un derecho más amplio de acceso a los documentos públicos.

2) Para los propósitos de este Convenio:

a) i) «autoridades públicas» significa:

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

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

- 1) organismos legislativos en lo que concierne al resto de sus actividades;
- 2) autoridades judiciales en lo que concierne al resto de sus actividades;
- 3) personas naturales o jurídicas que realizan funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos, según la normativa nacional propia.

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

«Artículo 2. Derecho del acceso a los documentos públicos

1) Cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas.

2) Cada Parte tomará las medidas necesarias en su ordenamiento jurídico para hacer cumplir las previsiones sobre acceso a documentos públicos previstas en este Convenio.

3) Estas medidas deberán ser adoptadas por cada Parte a más tardar en el momento de la entrada en vigor de este Convenio.»

Este tratado, que aún no ha firmado el Estado español, constituye el primer instrumento jurídico internacional de carácter vinculante, al reconocer un derecho general de acceso a los documentos públicos en poder de las autoridades.

Paradójicamente, este es el instrumento invocado más veces como referente por las diversas iniciativas –sin éxito– de regulación de este derecho en el estado español.

El Convenio del Consejo de Europa núm. 205 establece una base de normas mínimas con la intención de ofrecer suficiente flexibilidad a las legislaciones nacionales para que se apoyen en él, sin perjuicio del reconocimiento de un acceso de más amplio alcance.

El convenio entrará en vigor cuando haya sido ratificado por, al menos, diez estados miembros del Consejo de Europa. En febrero de 2013, los estados de Bosnia Herzegovina, Hungría, Lituania, Montenegro, Noruega y Suecia han prestado su consentimiento.

3.2. **Ámbito constitucional**

- Dos son las normas de la Constitución de 1978 que conviene tener en cuenta:

«Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

» b), c) [...].

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

» 2; 3; 4; 5 [...].»

«Artículo 105

La ley regulará:

» a) [...].

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

» c) [...].»

Aunque no corresponde en este momento profundizar sobre cuál es la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública, sí que conviene dejar apuntadas las consecuencias importantes que se derivan en función de la respuesta que se dé.

La doctrina científica mantiene diferentes posiciones al respecto.

Una parte de la doctrina¹³ ha llegado al consenso jurídico en torno a la naturaleza *iusfundamental* del derecho de acceso a la información pública, ya sea como derecho autónomo o, tal como sostienen la mayoría de autores que defienden esta naturaleza, como derecho integrante del derecho a la libertad de expresión y de información.

La concepción del derecho de acceso a la información como un auténtico derecho fundamental acostumbra a justificarse con una interpretación del artículo 20 CE en consonancia con los tratados internacionales y el derecho comunitario¹⁴, así como con arreglo a la doctrina jurisprudencial más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵, que ha asumido el derecho de acceso a la información pública como integrante del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión. Aquí encuentran precisamente sus referentes quienes defienden la facultad de buscar la información que se halla en manos de los

¹³ Así, SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel, «Un derecho fundamental a acceder a la información pública», Seminarios Internacionales Complutenses, *El derecho de acceso a la información pública*, 2008.

HERNÁNDEZ GODÍNEZ, Alfonso (tesis doctoral), *El acceso a la información pública. Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación*, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

También GUICHOT REINA, Emilio, *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, 170/2011.

¹⁴ Art. 10.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Convenio del Consejo de Europa núm. 205.

¹⁵ Caso Társaság a Szabadságjogokért, sentencia de 14 de abril de 2009 y Caso Kennedy, sentencia de 16 de agosto de 2009.

poderes públicos como derecho fundamental, necesariamente incluido en el derecho a comunicar o recibir información. Se conseguiría de este modo encajar el artículo 105 b) CE con las libertades públicas informativas.

Esta tesis comportaría que el desarrollo del derecho tendría que hacerse mediante ley orgánica (artículo 81.1 de la Constitución). En este sentido, y según la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁶, corresponde al Estado, en exclusiva, mediante ley orgánica, «la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental en abstracto», lo cual deja cierto margen de desarrollo al legislador ordinario (tanto el estatal como el autonómico) en aspectos no esenciales del derecho.

Eso significa que la reserva de ley orgánica no es, como tal y por sí misma, un título competencial específico en favor del Estado, de tal forma que las comunidades autónomas con competencias legislativas incidentes en la materia pueden desarrollar el derecho en la parte que la ley orgánica no agote.

No obstante, existe otra corriente doctrinal¹⁷ que, al amparo del artículo 105.b CE, defiende que el derecho de acceso a la información pública es un derecho constitucional autónomo «de configuración legal», que puede ser regulado mediante ley ordinaria, no susceptible de amparo constitucional y, por lo tanto, diferente al de la libertad de información.

Para respaldar esta tesis se subraya la propia ubicación sistemática del artículo 105 b) en la parte orgánica de la Constitución –dentro del Título IV relativo al Gobierno y la Administración– y no en la parte dogmática, en la Sección 1ª, Capítulo II, del Título I CE (art. 14 a 29 y 30.2), donde expresamente aparecen tipificados los únicos derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, entre estos autores encontramos voces como la de María Isabel Jiménez Plaza¹⁸, quien sostiene que «si bien el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos no goza de naturaleza fundamental, constituye sin embargo un derecho subjetivo de *carácter instrumental* para la satisfacción de algunos derechos fundamentales –como el de participación en los asuntos

¹⁶ STC 173/1998, de 23 de julio.

¹⁷ En esta línea: ÁLVAREZ RICO Manuel, «El derecho de acceso a los documentos administrativos», Documentación Administrativa, núm. 183, p. 103-133, 1979, o POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto, «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos», INAP, Madrid, 1989.

¹⁸ JIMÉNEZ PLAZA, Mª Isabel, *Tratado de derecho municipal*, Tomo II, Dtor. Santiago Muñoz Machado, 3ª ed., Iustel, 2011, Madrid, p. 1364-1365.

públicos (art. 23 CE), como el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz [art. 20.1.d) CE], e incluso, como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)—. Por esta razón, siempre que el derecho de acceso sea un *prius* necesario para la efectividad de algún derecho fundamental —en tanto que la denegación de la información determine la violación de ese derecho fundamental— su contenido formará parte del contenido esencial del derecho fundamental y su infracción se contagiará de la naturaleza fundamental del referido derecho, con las consecuencias procesales que ello determina».

Incluso aceptando esa misma perspectiva, quedaría cerrada la vía reglamentaria como instrumento normativo para regular el contenido del derecho y las condiciones para su ejercicio.

Por su parte, el Tribunal Supremo¹⁹ ha afirmado que «[e]l derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación. Está arraigado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Este derecho está reconocido por la Constitución en el artículo 105. b) [...]. Aunque pueda pensarse que este precepto condiciona la aplicación del derecho a su desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional, atendiendo a su valor sustantivo, ha apreciado, en aplicación del principio de fuerza normativa directa de la Constitución, que dicho precepto es aplicable directamente sin necesidad de esperar el desarrollo legislativo, que ha sido llevado a cabo básicamente en el artículo 37 de la Ley 30/1992 [...]».

Más recientemente, en sentencia de fecha 29.5.2012, el Tribunal Supremo se ha pronunciado abiertamente de manera contraria a la vinculación del derecho de acceso a la información con los derechos fundamentales reconocidos a la Constitución. En este caso, la parte recurrente —la organización *Acces Info Europe*— pidió información al Gobierno del Estado sobre el desarrollo legislativo derivado de las exigencias que en materia de lucha contra la corrupción imponen en España determinados tratados internacionales. La recurrente impugna la desestimación por silencio de su petición alegando, entre otras razones, la infracción del artículo 20.1.a) CE, sosteniendo que el derecho fundamental a la libertad de información comprende el derecho a obtener información de interés general en manos de los poderes públicos.

¹⁹ STS de 14.11.2000 (recurso de casación 4618/1996), fundamento jurídico 5.

En respuesta a este motivo concreto el Tribunal Supremo afirma que «aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que los artículos 20.1.d) y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos —algo que dista de ser evidente—, la sentencia impugnada no los ha infringido, ya que lo solicitado la recurrente no era información».

3.3. Ámbito estatutario

•Son dos los preceptos destacables del Estatuto de Autonomía de Cataluña en su Título I (*Derechos, deberes y principios rectores*):

«Artículo 27

Derechos y deberes con relación al medio ambiente

»1; 2; [...].

3. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos. El derecho de información solo puede ser limitado por motivos de orden público justificados, en los términos que establecen las leyes.»

«Artículo 52

Medios de comunicación social

1. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para garantizar el derecho a la información y a recibir de los medios de comunicación una información veraz y unos contenidos que respeten la dignidad de las personas y el pluralismo político, social, cultural y religioso. En el caso de los medios de comunicación de titularidad pública la información también debe ser neutral.

»2 [...].»

Más adelante, en relación con los derechos en el ámbito político y de la Administración (Capítulo II), sí que se reconocen varias manifestaciones del derecho de participación o el derecho a una buena Administración (artículos 29 y 30), pero no se hace ninguna mención expresa al derecho de acceso a la información. De hecho este derecho es previo, por cuanto, para poder participar, quejarse o reaccionar frente a situaciones de mala administración, hace falta antes disponer de información.

Tenemos que ir al Título II (*De las instituciones*), Capítulo III (*El Gobierno y la Administración de la Generalidad*), Sección Segunda (*La administración de la Generalidad*) para encontrar el artículo siguiente:

«Artículo 71

Disposiciones generales y principios de organización y funcionamiento

»1; 2; 3 [...].

4. La Administración de la Generalidad es la organización que ejerce las funciones ejecutivas atribuidas por el presente Estatuto a la Generalidad. Tiene la condición de Administración ordinaria de acuerdo con lo que establecen el presente Estatuto y las leyes, sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Administración local.

» 5; 6; 7 [...].»

3.4. Ámbito legal

3.4.1. Administraciones públicas y gobierno

3.4.1.1. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común

Desarrollando directamente el citado artículo 105 b) de la Constitución y con carácter de legislación básica, encontramos la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, Ley 30/1992):

«Artículo 3. Principios generales

»1; 2; 3; 4 [...].

5. En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación.»

«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 procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

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

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

a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.

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

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

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

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

6. Se regirán por sus disposiciones específicas:

- a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.
- b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.
- c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.
- d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.
- e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.
- f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.
- g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

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

En lo relativo al derecho de acceso a los archivos y a los registros reconocido en la Constitución, la remisión que el artículo 105.b) CE hace a la ley nos conduce a la regulación básica de la Ley 30/1992.

Para empezar, cabe subrayar que el hecho de que el legislador estatal ubicara la norma sobre acceso a los documentos públicos como un contenido más de la ley reguladora del régimen administrativo general no fue una opción neutra. Implícitamente se descartó, en su momento, la regulación mediante una ley específica. Como ha afirmado Fernández Ramos²⁰, «ambas leyes responden a lógicas diversas: la de la Ley de Procedimiento es someter a unas garantías legales la actuación de las administraciones en ejercicio del poder público, mientras que la de la Ley de Acceso a la Información es plasmar un principio horizontal de transparencia».

El artículo 37 que acabamos de reproducir condiciona el acceso a la información a que esta figure en un expediente que obre en un archivo administrativo, que este expediente corresponda a un procedimiento, y que este procedimiento esté acabado. La fijación de estos tres requisitos en un caso concreto no siempre es posible, sin olvidar además que el precepto suele exigir la concurrencia de interés legítimo para acceder a la información.

El tratamiento que dispensa esta norma a los ciudadanos particulares, es decir, a los que no disfrutan de la condición de interesados en el procedimiento, se va escalonando en función de la relación subjetiva del solicitante con la información que pide, de forma que, cuanto menor sea el contacto con el contenido de la información, mayores serán las dificultades para acceder a ella.

No es difícil, en este contexto, encontrar múltiples ejemplos prácticos de decisiones contrarias al acceso a la información, sin duda facilitadas por la formulación contenida en dicho precepto básico²¹.

²⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública», Seminarios Internacionales Complutenses, *El derecho de acceso a la información pública*, 2008.

²¹ Así lo corroboran varias iniciativas llevadas a cabo por organizaciones no gubernamentales como *Access Info Europe* u *Open Society Justice Initiative*, que han dirigido solicitudes de información a los diferentes niveles de Administración del Estado español y han obtenido como «respuesta» predominante el silencio administrativo.

Habría que plantearse entonces qué sucede con toda la información que las administraciones públicas tienen en su poder pero que no está vinculada a ningún procedimiento²².

De hecho, las excepciones previstas en la norma son tantas que el efecto es precisamente el contrario a la promesa de apertura que proclama la exposición de motivos de la Ley. Y el resultado es una regulación con restricciones no previstas en el artículo 105 b) de la Constitución.

La remisión que el apartado 6 del artículo hace al régimen establecido en disposiciones específicas denota, como ha afirmado el Dr. Severiano Fernández²³, que la Ley 30/1992, en vez de constituir una ley básica de mínimos, parece configurarse como una ley general que puede ser desvirtuada por cualquier norma sectorial en virtud del principio según el cual la ley especial desplaza a la ley general. En la práctica esto supone cierto vaciado de la ley mediante simples disposiciones reglamentarias.

En definitiva, el tratamiento que ofrece la Ley 30/1992, en palabras del Síndic de Greuges²⁴, es «una regulación incompleta y que no garantiza en absoluto el derecho de acceso a la documentación pública en una dimensión equiparable en los países de nuestro entorno y a los parámetros del Convenio del Consejo de Europa de 18 de junio de 2009».

3.4.1.2. Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña

A su vez, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, de aplicación en el conjunto de administraciones públicas de Cataluña, acaba resultando tributaria de las carencias de la legislación básica estatal en relación con la regulación del derecho a acceder a la información pública, si bien hay que reconocer que presenta cierto

²² Por ejemplo, las campañas emprendidas por las ONG a las que se hace referencia en la nota anterior incluían preguntas como estas: ¿cuántas vacunas se compraron para luchar contra la gripe A?; ¿qué número de inmuebles, propiedad del Ministerio de Defensa, se vendieron durante el año 2007?; ¿cuántas personas fueron expulsadas del territorio español en el periodo comprendido entre enero de 2007 y el 1 de febrero de 2008?

²³ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública», Seminarios Internacionales Complutenses, *El derecho de acceso a la información pública*, 2008.

²⁴ *Vid.* Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012.

adelanto en materia de transparencia activa, como el que se deriva de su artículo 28.

Destacaremos los siguientes preceptos:

«Artículo 27. Derecho de acceso a archivos y registros

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder, por cualquier medio, a los registros y a los documentos que formen parte de un expediente y obren en los archivos de las administraciones públicas catalanas, 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 está reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, pueden exigir que sean rectificados 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. La autorización y la denegación de acceso a los registros y a los archivos de las administraciones públicas catalanas debe hacerse, en los términos que establece la legislación básica, por resolución motivada del órgano competente y ponderando siempre los derechos e intereses de privacidad, confidencialidad, protección de datos y otros que podrían resultar afectados.
4. El personal responsable de los registros y los archivos de las administraciones públicas catalanas debe velar por que no se produzca ninguna demora injustificada en el ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros.»

«Artículo 28. Derecho a una información veraz y de calidad

1. Los ciudadanos tienen derecho a obtener información veraz y de calidad, cualquiera que sea el soporte o medio de distribución o difusión de la información.
2. Las administraciones públicas de Cataluña, para hacer efectivo el derecho a una información veraz y de calidad, deben informar sobre:
 - a) La propia organización y los principales servicios y prestaciones públicas.

- b) Los planes y programas que permiten concretar las políticas públicas que llevan a cabo.
 - c) La existencia de bases de datos y archivos que contienen la información directamente relacionada con el interés de los ciudadanos, siempre y cuando la legislación vigente lo permita.
 - d) Los derechos de los ciudadanos en las relaciones con la administración.
 - e) Los procedimientos administrativos de su competencia y las convocatorias públicas en materia de contratación, subvenciones y selección de personal.
 - f) Los medios de impugnación y de reclamación y los órganos competentes para la resolución de dichos procedimientos.
3. Pueden establecerse por reglamento los plazos y condiciones en que los ciudadanos pueden hacer efectivo el derecho a la información.»

«Artículo 29. Garantía de los derechos

Las administraciones públicas de Cataluña deben garantizar en su actuación el ejercicio y la efectividad de los derechos de los ciudadanos, cualquiera que sea el medio de relación.»

«Artículo 31. Principios generales

»1 [...].

2. Las administraciones públicas de Cataluña cumplen las funciones que tienen atribuidas y actúan de acuerdo con los siguientes principios generales:

»Primero; Segundo; Tercero; Cuarto; Quinto; Sexto [...]

Séptimo. Transparencia y accesibilidad.

»Octavo; Noveno; Décimo [...].»

De los preceptos transcritos cabe subrayar el apartado tercero del artículo 28, porque conviene aclarar que la habilitación reglamentaria que contiene debe entenderse como una habilitación específica al ejecutivo y circunscrita al mismo

ámbito de información que reconoce el propio precepto, es decir, con un alcance objetivo mucho más limitado que el que corresponde al derecho de acceder a la información pública en el sentido amplio al que nos estamos refiriendo en el presente trabajo²⁵. Además, esta remisión a norma reglamentaria se refiere exclusivamente al entorno de las administraciones públicas de Cataluña, entorno que en ningún caso se corresponde, por defecto, con el ámbito subjetivo propio del derecho de acceso²⁶.

De esto se concluye que no resultaría admisible emplear una norma de rango reglamentario para regular el derecho de acceso a la información pública.

Por la misma razón tampoco sería aceptable regular el derecho mediante una modificación de la Ley 26/2010.

Con respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria en el marco de las competencias de la Generalidad de Cataluña, el Título IV de la Ley regula su procedimiento de elaboración. Teniendo en cuenta la importancia que tiene el acceso a la información pública en cualquier proceso de elaboración normativa, a continuación transcribimos los artículos más destacados de dicho Título:

«Artículo 59. Ámbito

1. El procedimiento regulado por el presente título se aplica a las disposiciones reglamentarias que se elaboran en el ámbito competencial de la Administración de la Generalidad.
2. El procedimiento regulado por el presente título es de aplicación supletoria a las disposiciones reglamentarias que tienen establecido, por norma con rango de ley, un procedimiento de elaboración específico.»

«Artículo 64. Memorias

1. Los proyectos de disposiciones reglamentarias deben acompañarse siempre de una memoria general, de una memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas, así como de los informes preceptivos y los que solicite el órgano instructor.
2. La memoria general debe contener, como mínimo:

²⁵ Vid. apartado 4.6 del presente trabajo.

²⁶ Vid. apartado 4.5.

- a) La justificación de la necesidad de la disposición reglamentaria y la adecuación de esta a los fines que se persiguen.
- b) El marco normativo en que se inscribe el proyecto de disposición reglamentaria.
- c) La relación de las disposiciones afectadas por el proyecto de disposición reglamentaria y la tabla de vigencias y derogaciones resultantes.
- d) La competencia de la Generalidad sobre la materia.
- e) La relación motivada de las personas y entidades a las cuales debe otorgarse el trámite de audiencia.
- f) La procedencia, si procede, de someter el expediente a información pública.

»3; 4; 5 [...].»

«Artículo 67. Audiencia

1. Los proyectos de disposición reglamentaria que afectan a los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos se someten al trámite de audiencia de las personas interesadas, poniéndose a disposición de las mismas la preceptiva documentación.
2. Solo puede prescindirse del trámite de audiencia si existen razones graves de interés público debidamente acreditadas.
3. La audiencia se realiza directamente con los ciudadanos o a través de las entidades reconocidas por ley que los agrupan o los representan, si las finalidades de las mismas tienen relación directa con el objeto de la disposición reglamentaria.
4. El trámite de audiencia puede instrumentarse por cualquier medio que el instructor o instructora acuerde motivadamente y por un plazo no inferior a quince días hábiles. Por razones justificadas y debidamente motivadas, el plazo puede reducirse hasta un mínimo de siete días hábiles.
5. El trámite de audiencia puede instrumentarse también por medios electrónicos publicando el texto del proyecto de disposición reglamentaria en la sede electrónica, facilitando una dirección electrónica para la presentación de observaciones, sugerencias o alegaciones, e indicando la fecha límite.

6. El trámite de audiencia a los ciudadanos establecido por este artículo no es aplicable a las disposiciones que regulan los órganos, los cargos y las autoridades del Gobierno, ni tampoco a las disposiciones orgánicas de la Administración de la Generalidad o de los organismos que tiene adscritos o que dependen de ella.»

«Artículo 68. Información pública

1. Los proyectos de disposición reglamentaria pueden someterse a información pública por un plazo no inferior a quince días hábiles, que puede reducirse hasta un mínimo de siete días hábiles si razones debidamente motivadas así lo justifican.
2. El trámite de información pública puede coincidir temporalmente con el de audiencia, debiendo ponerse a disposición de las personas que lo soliciten la preceptiva documentación.
3. El trámite de información pública puede instrumentarse por medios electrónicos, indicando el plazo, publicando el texto del proyecto de disposición reglamentaria en la sede electrónica y presentando las alegaciones en el correspondiente registro electrónico.»

3.4.1.3. **Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno**

Por su relación con el acceso a la información pública, de esta Ley destacaremos los preceptos relativos al secreto de las reuniones del Gobierno y a la transparencia en las iniciativas legislativas:

«Artículo 30. Deber de secreto

1. Las deliberaciones del Gobierno, así como las opiniones y los votos que se emiten, tienen carácter secreto. Las personas que asisten a las reuniones del Gobierno deben mantener el secreto incluso después de haber cesado.
2. Los miembros del Gobierno no pueden divulgar, antes de que se hagan oficialmente públicos, los documentos que conocen debido al cargo.

«Artículo 36. Iniciativa legislativa del Gobierno

1. El Gobierno ejerce la iniciativa legislativa mediante la presentación de proyectos de ley al Parlamento.
2. La tramitación de un proyecto de ley requiere el acuerdo previo del Gobierno sobre la oportunidad de la iniciativa y se inicia a propuesta del departamento o los departamentos interesados, a los que corresponde elaborar el correspondiente anteproyecto de ley.
3. Los anteproyectos de Ley deben contener una exposición de motivos y deben acompañarse de la siguiente documentación:
 - a) Una memoria general, con los oportunos estudios, informes y dictámenes sobre la necesidad de la iniciativa, que debe contener, como mínimo, la adecuación de la norma a los fines que se persiguen; el marco normativo en el que se inscribe; la relación de las disposiciones afectadas por el anteproyecto de Ley y la tabla de vigencias y derogaciones resultantes; la competencia de la Generalidad sobre la materia, y la relación motivada de las personas y entidades a las cuales debe otorgarse el trámite de audiencia o la procedencia de someter el expediente a información pública.
 - b) Una memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas que debe tener el contenido que se establezca por reglamento. Dicha memoria incluye, como mínimo, un informe de impacto presupuestario, con la evaluación de la repercusión del anteproyecto de Ley en los recursos personales y materiales y en los presupuestos de la Generalidad, así como las fuentes y los procedimientos de financiación, si procede; un informe de impacto económico y social, con la evaluación de los costes y los beneficios que implica la iniciativa legislativa para sus destinatarios y para la realidad social y económica; un informe de impacto normativo, con la evaluación de la incidencia de las medidas propuestas por la norma en términos de opciones de regulación, de simplificación administrativa y de reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas, y, por último, un informe de impacto de género.
 - c) Una memoria en la que consten las consultas formuladas, las alegaciones presentadas, las razones que han llevado a su estimación o desestimación y la incidencia de las consultas y las alegaciones en la redacción final del anteproyecto de Ley.

d) Un informe emitido por los servicios jurídicos de los departamentos concernidos y los demás informes que sean preceptivos de acuerdo con la normativa vigente.

4. El departamento encargado de la elaboración de un anteproyecto de ley puede someterlo a información pública o a audiencia de las entidades que tengan encomendada por ley la defensa de intereses que podrían verse afectados por la entrada en vigor de la ley. El plazo de información o de audiencia no puede ser inferior a quince días.

»5; 6;7 [...].»

El artículo 30 de la Ley, ubicado en el Capítulo VI del Título II, sobre el funcionamiento del Gobierno de la Generalidad, prescribe el carácter secreto de sus deliberaciones, una restricción que entendemos que debería ser superada, de acuerdo con la doctrina científica y jurisprudencial internacionales en torno al deber de transparencia de los poder públicos, que debe predicarse, no solo en su vertiente administrativa (actividad de servicio público), sino también en la toma de decisiones políticas, estratégicas, de planificación o de oportunidad, por lo que la transparencia debe estar presente en cualquier proceso de deliberación. Si la ciudadanía no tiene la posibilidad de saber sobre el proceso deliberativo, es del todo cuestionable la debida consecución de una buena gobernanza²⁷.

Por otra parte, el artículo 36, dentro del Capítulo VII de la Ley (que tiene por objeto regular la iniciativa legislativa y la potestad legislativa del Gobierno) prevé la facultad de los departamentos responsables de la elaboración de un anteproyecto legal de someterlo a información pública o a audiencia de las entidades cuyos intereses se puedan ver afectados por la aprobación de la norma. El deber de transparencia de los poderes públicos, así como el derecho de participación de la ciudadanía, tienen que estar presentes, con toda su eficacia, también en el seno del procedimiento de elaboración de normas con rango de ley. Por ello habría que prever de forma «preceptiva» y general, salvo en casos de riesgo grave para el interés público, la concesión de un trámite de audiencia a favor de los sujetos (y no solo de entidades representativas de intereses colectivos, por cierto) cuyos derechos o intereses puedan resultar afectados por una eventual aprobación de la norma legal que se encuentra en proceso de elaboración, deber que hay que exigir al margen de la facultad de abrir un periodo de información pública para los demás ciudadanos, y todo ello en

²⁷ Vid. apartado 4.9.5 de este trabajo, relativo a la publicidad de las sesiones.

términos análogos a las previsiones que para el ejercicio de la potestad reglamentaria a la Generalidad de Cataluña se prevén en la Ley 26/2010.

3.4.1.4. Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del Estado

«Artículo 3. Principios de organización y funcionamiento

La Administración General del Estado se organiza y actúa, con pleno respeto al principio de legalidad, y de acuerdo con los otros principios que a continuación se mencionan:

» 1. [...].

2. De funcionamiento

» a); b); c); d); e); f) [...].

g) Objetividad y transparencia de la actuación administrativa.

» h) [...].»

3.4.1.5. Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (del Estado)

«Artículo 5. Del Consejo de Ministros

» 1; 2; [...].

3. Las deliberaciones del Consejo de Ministros serán directas.»

«Artículo 6. De las Comisiones Delegadas del Gobierno

» 1; 2; 3; 4; [...].

5. Las deliberaciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno serán secretas.»

«Artículo 24. Del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previos preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto debido a género de las medidas que se establecen en el mismo.

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Solo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

f) Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.

»2; 3; 4; [...].»

De acuerdo con el tenor literal de esta Ley, tanto las deliberaciones del Consejo de Ministros como las de las Comisiones Delegadas del Gobierno son secretas. En este sentido nos remitimos a los comentarios hechos a la Ley 13/2008, en relación con esta misma previsión con respecto al Gobierno de la Generalidad de Cataluña.

Aunque se prevé la necesidad de otorgar trámite de audiencia a los ciudadanos cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados por proyectos de normas reglamentarias (art. 24), no se regula ni se hace ninguna referencia a esta necesidad, en cambio, en la regulación que el artículo 22 de la Ley desarrolla en torno a la iniciativa legislativa del Gobierno, omisión que, en virtud del principio de transparencia de los poderes públicos y participación ciudadana, debería ser corregida.

3.4.1.6. Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local

En el ámbito de la administración local, hay que destacar los siguientes preceptos de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LRBRL).

«Artículo 18.

1. Son derechos y deberes de los vecinos:

» a); b); c); d) [...].

e) Ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación con todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución²⁸.

» f); g); h); i) [...].

» 2. [...].»

²⁸ El art. 43.1 e) del Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (TRLRMLC) reproduce en su práctica totalidad esta norma.

«Artículo 49.

La aprobación de las ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) Aprobación inicial por el Pleno.
- b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.»

«Artículo 69.

- 1. Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.
- 2. Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley.»

«Artículo 70.

- 1. Las sesiones del Pleno de las Corporaciones Locales son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta²⁹.

No son públicas las sesiones de las Comisiones de Gobierno.

²⁹ *Vid.*, art. 10.2 Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de medios electrónicos en el sector público de Cataluña

2. Los acuerdos que adopten las Corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista en la Ley. Las Ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los Planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los Entes locales, se publican en el Boletín Oficial de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. Idéntica regla es de aplicación a los Presupuestos, en los términos del artículo 112.3, de esta Ley. Las Administraciones Públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial.

3. Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, letra b), de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada.»

«Artículo 70 bis.

1. Los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales.

» 2; 3; 4 [...].»

El régimen de acceso a la información derivado de la futura regulación tiene que contar con el margen de competencias reservadas a los entes locales, en particular en lo relativo a la capacidad de autoorganización.

En tanto en cuanto el derecho de acceso a la información constituye un vehículo de participación de la ciudadanía, del artículo 70 bis se desprende que la eventual regulación deberá tener carácter orgánico y quedar, por lo tanto, sujeta en su adopción a una mayoría reforzada.

3.4.1.7. Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña

Por lo que a la normativa catalana respecta, el Título XIV del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril (en adelante, TRLMRLC), relativo a la información y la participación ciudadanas, además de reproducir el contenido de los artículos 18.1 e), 49 y 69 LRBRL, antes transcritos, añade:

«Artículo 155. Publicidad de las actuaciones locales.

155.1 La corporación, por acuerdo del pleno, tiene que determinar los medios necesarios para dar publicidad a los acuerdos adoptados por la corporación y las convocatorias de los órganos cuyas sesiones sean públicas, con el fin de garantizar el derecho de los ciudadanos a la más amplia información sobre las actividades del ente local.

155.2 Todos los ciudadanos tienen derecho a:

a) Obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos adoptados por las corporaciones locales y de sus antecedentes. Para ejercer este derecho hace falta que el solicitante acredite su condición de interesado en el procedimiento, de acuerdo con lo que dispone la legislación sobre procedimiento administrativo.

b) Consultar la documentación, los archivos y los registros de la corporación. Para ejercer este derecho es preciso que la documentación tenga la condición de pública o se acredite un interés directo en el asunto. No es necesario este requisito si se trata de documentación histórica, de acuerdo con lo que establece la Ley de archivos de Cataluña.

155.3 Los derechos anteriores quedan, en cualquier caso, limitados en todo lo que afecta a la seguridad y la defensa del Estado, la investigación de delitos o la intimidad de las personas.

155.4 El procedimiento para ejercer el derecho de información tiene que regularse por acuerdo del pleno. En cualquier caso, la denegación tiene que ser motivada y justificada de acuerdo con los supuestos establecidos legalmente.

155.5 Los reglamentos y las ordenanzas locales pueden ser consultados en cualquier momento por todos los ciudadanos.»

«Artículo 156. Publicidad de las sesiones.

156.1 Las sesiones del pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, pueden ser secretos el debate y la votación de los asuntos que pueden afectar el derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta. No son públicas las sesiones de las comisiones de gobierno.

156.2 Son también públicas las sesiones de los órganos de participación.

156.3 Las sesiones de los otros órganos de gobierno son secretas, a menos que se disponga de lo contrario por acuerdo del pleno.»

«Artículo 178. Ordenanzas y reglamentos³⁰

»178.1 [...].

178.2 Las ordenanzas, los reglamentos y los acuerdos municipales de aprobación definitiva de los planes urbanísticos, incluyendo el articulado de las normas urbanísticas correspondientes, tienen que publicarse conforme a lo que establece la legislación estatal de régimen local.»

3.4.2. *Leyes especiales*

3.4.2.1. Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales

Pese a tratarse de una ley preconstitucional, todavía está en vigor, en la versión modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre. Su preámbulo se encarga de establecer la publicidad de la actividad de los órganos del Estado como principio general, «aun cuando no esté expresamente declarado» por las entonces llamadas *Leyes Fundamentales*, principio que se justifica con la afirmación «las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos».

Sin embargo, esta regla general halla excepción en las materias en las que, en consideración del riesgo que su conocimiento puede comportar para la seguridad y defensa del Estado, sean declaradas expresamente «clasificadas», en las

³⁰ A nivel reglamentario, *vid.* art. 60 a 66 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales.

categorías de «secreto» o «reservado» (según el grado de protección requerido en cada caso), por lo que su acceso queda limitado únicamente a personas debidamente autorizadas al efecto, conforme a la regulación contenida por la Ley:

«Artículo 1.

Principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado.

Excepciones

1. Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente “clasificada”, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley.

2. Tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación las materias así declaradas por Ley.»

«Artículo 2.

Materias susceptibles de ser declaradas clasificadas

A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado»

«Artículo 8.

Efectos de la calificación de un asunto como secreto o reservado

Las calificaciones de secreto o reservado, hechas con arreglo a los términos de la presente Ley y de las disposiciones que reglamentariamente se dicten para su aplicación determinarán, entre otros, los siguientes efectos:

- A) Solamente podrán tener conocimiento de las “materias clasificadas” los órganos y las personas debidamente facultadas al efecto y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen.
- B) La prohibición de acceso y las limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las materias clasificadas.
- C) El personal que sirva en la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas estará obligado a cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las “materias clasificadas”.»

Emilio Guichot³¹ alude a esta materia al afirmar que el artículo 37 de la Ley 30/1992 compatibiliza las excepciones referidas en su punto 5º a la defensa nacional y seguridad del Estado con la remisión que el apartado 6º hace a la normativa específica de acceso a «archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas», por lo que existe un paralelismo entre el límite de acceso establecido en el artículo 105 CE, el previsto en el artículo 37.5 de la Ley 30/1992 y las materias que pueden clasificarse como secretas, si bien el autor critica el que ninguna de estas normas concrete qué debe entenderse por «asuntos relativos a seguridad y defensa», así como que la Ley 9/1968 tiene grandes lagunas, como la falta de exigencia de motivación en las clasificaciones o la exigencia en todo caso de una desclasificación, entre otros, defectos que responden sin duda a una lógica preconstitucional.

3.4.2.2. Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público

Con la transposición de la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, la Ley 37/2007, a su vez desarrollada por el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, reconoce en la información generada desde las instancias públicas un interés, no solo para los ciudadanos como elemento de transparencia y guía para la participación democrática, sino también para las empresas, a la hora de operar en sus ámbitos de actuación y contribuir al crecimiento económico y a la creación de ocupación. Así pues, cuando la Ley utiliza el término «reutilización de la información pública» se está refiriendo al uso de los documentos que recogen, producen, reproducen o difunden las administraciones y los organismos del sector público para finalidades diferentes a las propias del servicio al interés público, ya sean finalidades comerciales o no.

Por ello el objetivo fundamental de la Ley es dar publicidad a todos los documentos de libre disposición que están en poder del sector público referentes no solo a los procedimientos políticos, sino también a los judiciales, económicos y administrativos, como instrumento esencial para el ejercicio del derecho al conocimiento, principio básico de la democracia. De hecho, la puesta a disposición del público de información pública o su acceso constituyen dos posibles presupuestos para la reutilización posterior de la información dispuesta

³¹ GUICHOT REINA, Emilio, *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, 170/2011.

u obtenida. Teniendo en cuenta esta vinculación entre la reutilización y el previo acceso a la información pública, el artículo 3 de la Ley, a la hora de definir los supuestos en los que no resulta de aplicación, se remite a las excepciones al derecho de acceso previstas en el artículo 37 de la Ley 30/1992.

«Artículo 1. Objeto.

La presente ley tiene por objeto la regulación básica del régimen jurídico aplicable a la reutilización de los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público.

La aplicación de esta ley se hará sin perjuicio del régimen aplicable al derecho de acceso a los documentos y a las especialidades previstas en su normativa reguladora.»

«Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.

Se entiende por Administraciones y organismos del sector público a efectos de esta ley:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local.

b) Las Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos autónomos, las Agencias estatales y cualesquiera entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas:

1.º Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

2.º Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros de los que más de la mitad sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.

- e) Los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.
- f) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.
- g) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.»

«Artículo 3. Ámbito objetivo de aplicación.

1. Se entiende por reutilización el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública. Queda excluido de este concepto el intercambio de documentos entre Administraciones y organismos del sector público en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas.

2. La presente ley se aplicará a los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público, cuya reutilización sea autorizada por éstos.

Se entiende por documento toda información cualquiera que sea su soporte material o electrónico así como su forma de expresión gráfica, sonora o en imagen utilizada. A estos efectos no se considerarán documentos los programas informáticos que estén protegidos por la legislación específica aplicable a los mismos.

3. La presente ley no será aplicable a los siguientes documentos que obren en las Administraciones y organismos del sector público previstos en el artículo 2:

- a) Los documentos sobre los que existan prohibiciones o limitaciones en el derecho de acceso en virtud de lo previsto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y las demás normas que regulan el derecho de acceso o la publicidad registral con carácter específico.
- b) Los documentos que afecten a la defensa nacional, la seguridad del Estado, la protección de la seguridad pública, así como los sometidos al secreto estadístico y a la confidencialidad comercial y, en general, los

documentos relacionados con actuaciones sometidas por una norma al deber de reserva, secreto o confidencialidad.

c) Los documentos para cuyo acceso se requiera ser titular de un derecho o interés legítimo.

d) Los documentos que obran en las Administraciones y organismos del sector público para finalidades ajenas a las funciones de servicio público que tengan atribuidas definidas con arreglo a la normativa vigente.

e) Los documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual o industrial por parte de terceros. No obstante, la presente ley no afecta a la existencia de derechos de propiedad intelectual de las Administraciones y organismos del sector público ni a su posesión por éstos, ni restringe el ejercicio de esos derechos fuera de los límites establecidos por la presente ley. El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de las Administraciones y organismos del sector público deberá realizarse de forma que se facilite su reutilización.

f) Los documentos conservados por las entidades que gestionen los servicios esenciales de radiodifusión sonora y televisiva y sus filiales.

g) Los documentos conservados por instituciones educativas y de investigación, tales como centros escolares, universidades, archivos, bibliotecas y centros de investigación, con inclusión de organizaciones creadas para la transferencia de los resultados de la investigación.

h) los documentos conservados por instituciones culturales tales como museos, bibliotecas, archivos históricos, orquestas, óperas, ballets y teatros.

4. Lo previsto en esta ley no restringirá las previsiones más favorables que sobre acceso o reutilización se establezcan en las leyes sectoriales.»

«Artículo 4. Régimen administrativo de la reutilización.

1. Los documentos de las Administraciones y organismos del sector público serán reutilizables en los términos previstos en esta ley.

2. Las Administraciones y organismos del sector público podrán optar por que los distintos documentos que obran en su poder sean reutilizables de acuerdo con alguna o algunas de las siguientes modalidades:

a) Reutilización de documentos puestos a disposición del público sin sujeción a condiciones.

b) Reutilización de documentos puestos a disposición del público con sujeción a condiciones establecidas en licencias-tipo.

c) Reutilización de documentos previa solicitud, conforme al procedimiento previsto en el artículo 10 o, en su caso, en la normativa autonómica, pudiendo incorporar en estos supuestos condiciones establecidas en una licencia.

» 3; 4; 5; 6 [...].»

«Artículo 10. Procedimiento de tramitación de solicitudes de reutilización.

1. Las solicitudes de reutilización de documentos administrativos deberán dirigirse al órgano competente, entendiendo por tal aquel en cuyo poder obren los documentos cuya reutilización se solicita. Las solicitudes se presentarán por aquellas personas físicas o jurídicas que pretendan reutilizar los documentos de conformidad con lo previsto en esta ley.

No obstante, cuando el órgano al que se ha dirigido la solicitud no posea la información requerida pero tenga conocimiento de la Administración u organismo que la posee, le remitirá a la mayor brevedad posible la solicitud dando cuenta de ello al solicitante.

Cuando ello no sea posible, informará directamente al solicitante sobre la Administración u organismo del sector público al que, según su conocimiento, ha de dirigirse para solicitar dicha información.

2. La solicitud deberá reflejar el contenido previsto en el artículo 70.1 de la ley 30/1992, identificando el documento o documentos susceptibles de reutilización y especificando los fines, comerciales o no comerciales, de la reutilización. No obstante, cuando una solicitud esté formulada de manera imprecisa, el órgano competente pedirá al solicitante que la concrete y le indicará expresamente que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su solicitud, en los términos previstos en el artículo 71 de la ley 30/1992.

El solicitante deberá concretar su petición en el plazo de diez días a contar desde el día siguiente al de la recepción de dicho requerimiento. A estos efectos, el órgano competente asistirá al solicitante para delimitar el contenido de la información solicitada.

El cómputo del plazo para resolver la solicitud de información se entenderá suspendido por el tiempo que medie entre la notificación del

requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario o, en su defecto, por el transcurso del plazo concedido, informándose al solicitante de la suspensión del plazo para resolver.

3. El órgano competente resolverá las solicitudes de reutilización en el plazo máximo de veinte días desde la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación, con carácter general. Cuando por el volumen y la complejidad de la información solicitada resulte imposible cumplir el citado plazo se podrá ampliar el plazo de resolución en otros veinte días. En este caso deberá informarse al solicitante, en el plazo máximo de diez días, de toda ampliación del plazo, así como de las razones que lo justifican.

4. Las resoluciones que tengan carácter estimatorio podrán autorizar la reutilización de los documentos sin condiciones o bien supondrán el otorgamiento de la oportuna licencia para su reutilización en las condiciones pertinentes impuestas a través de la misma. En todo caso la resolución estimatoria supondrá la puesta a disposición del documento en el mismo plazo previsto en el apartado anterior para resolver.

5. Si la resolución denegara total o parcialmente la reutilización solicitada, se notificará al solicitante, comunicándole los motivos de dicha negativa en los plazos mencionados en el apartado 3, motivos que habrán de estar fundados en alguna de las disposiciones de esta ley o en el ordenamiento jurídico vigente.

6. En caso de que la resolución desestimatoria esté fundada en la existencia de derechos de propiedad intelectual o industrial por parte de terceros, el órgano competente deberá incluir una referencia a la persona física o jurídica titular de los derechos cuando ésta sea conocida, o, alternatively, al cedente del que el organismo haya obtenido los documentos.

7. En todo caso, las resoluciones adoptadas deberán contener una referencia a las vías de recurso a que pueda acogerse en su caso el solicitante, en los términos previstos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

8. Si en el plazo máximo previsto para resolver y notificar no se hubiese dictado resolución expresa, el solicitante podrá entender desestimada su solicitud.»

3.4.2.3. Especial referencia a la normativa de archivos y documentos

De la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos, podemos destacar los artículos siguientes:

«Artículo 6. *Enumeración de los documentos públicos*

1. A efectos de la presente Ley, son documentos públicos los que producen o reciben en el ejercicio de sus funciones:

- a) El Presidente, el Gobierno y la Administración de la Generalidad.
- b) El Parlamento de Cataluña, el Síndic de Greuges, la Sindicatura de Cuentas y el Consejo Consultivo y todas las demás instituciones de la Generalidad no dependientes de su Administración.
- c) Las Administraciones Locales.
- d) Los órganos con sede en Cataluña de la Administración General y de los poderes del Estado.
- e) Los órganos con sede en Cataluña de la Unión Europea y de instituciones públicas internacionales.
- f) Las Entidades de Derecho Público o Privado vinculadas a cualquiera de las administraciones públicas o que dependen de ellas.
- g) Las empresas y las instituciones privadas concesionarias de servicios públicos, en lo que se refiere a estas concesiones.
- h) Los fedatarios y los registros públicos.
- i) Las corporaciones privadas de Derecho Público.
- j) Las personas y las entidades privadas que ejercen funciones públicas, en lo que se refiere a estas funciones.
- k) Cualquier entidad pública o entidad dependiente de una entidad pública no incluida en las letras precedentes.

2. Se consideran incluidos en la enumeración del apartado 1 los documentos producidos o recibidos por las personas físicas que ocupan cargos políticos en instituciones públicas, siempre que estos documentos tengan relación con las funciones administrativas o políticas propias del cargo.»

«Artículo 7. *Responsabilidades de los titulares de documentos públicos*

1. Todas las Administraciones y las entidades titulares de documentos públicos han de disponer de un único sistema de gestión documental que comprenda la producción, la tramitación, el control, la evaluación y la conservación de los documentos y el acceso a los mismos y garantice su correcto tratamiento durante su utilización administrativa en las fases activa y semiactiva.

» 2; 3 [...].

4. Las Administraciones y las entidades titulares de documentos públicos, y específicamente los órganos responsables de custodiarlos, deben hacer posible el acceso a los mismos y entregar una copia o un certificado de los mismos a las personas que en cada caso tengan derecho a ello. En cualquier caso, es preciso garantizar el derecho a la intimidad personal y la reserva de los datos protegidos por la Ley.

5. Las Administraciones y las entidades titulares de documentos públicos han de destinar los recursos necesarios para conseguir el tratamiento de sus documentos en el grado que la Ley exige y que los derechos de los ciudadanos justifican.

» 6 [...].»

«Artículo 34. *Acceso a los documentos públicos*

1. De forma general, todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos que forman parte de procedimientos administrativos concluidos.

2. El acceso a los documentos públicos solo puede ser denegado en aplicación de las limitaciones legalmente establecidas. Las denegaciones del derecho de acceso a los documentos públicos deben realizarse por resolución motivada. El hecho de que un documento no esté en un archivo no lo excluye de consulta pública.

3. Excepcionalmente, previo informe de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental, la Administración de la Generalidad, las Administraciones Locales o las demás Entidades Públicas pueden, respecto a sus documentos:

a) Permitir el acceso a documentos excluidos de consulta pública, en casos de peticiones de acceso por intereses legítimos o científicos, preservando las situaciones protegidas por la Ley y garantizando la intimidad de las personas.

b) Denegar el acceso a documentos no excluidos de consulta pública que no hayan sido calificados expresamente como accesibles por la normativa, siempre que se considere que, de acuerdo con la Ley, perjudican intereses generales o de las personas.

» 4; 5 [...].»

«Artículo 35. *Ejercicio del derecho de acceso a documentos públicos*

1. El plazo para resolver las solicitudes de acceso a documentos públicos es de dos meses. Si, pasado este plazo, no se ha dictado resolución, se entiende que la solicitud ha sido desestimada, sin perjuicio de que la persona solicitante pueda reclamar a la Administración que cumpla su obligación de resolverla.

« 2; 3 [...].

4. Las Administraciones Públicas y los archivos integrantes del Sistema de Archivos de Cataluña han de dotarse de los recursos y los medios técnicos necesarios para facilitar a los ciudadanos el ejercicio del derecho de acceso a los documentos.»

Esta ley aborda la cuestión de los documentos públicos desde la perspectiva que representa para el interés general la preservación de la documentación de Cataluña.

Si bien este planteamiento nos permite ubicar la normativa de archivos y documentos entre la normativa sectorial del ámbito de la cultura³², no hay duda de que presenta puntos de contacto con una ley de carácter transversal como deberá ser la de transparencia y acceso a la información.

Por una parte, ambos regímenes responden al principio originario de transparencia, como lo demuestra el que la Ley 10/2001 exprese en su preámbulo que «[l]a Ley [...] [r]econoce que el acceso a los documentos públicos es un derecho que tiene cualquier persona, independientemente de la nacionalidad, de la condición o de la función que tenga, derecho que solamente puede denegarse en aplicación de las limitaciones establecidas legalmente. Asimismo, la Ley considera que para las Administraciones Públicas la gestión correcta de los documentos es esencial por cuanto se refiere a la seguridad jurídica y a la actuación eficaz y transparente y con apertura a la participación

³² Art. 127 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

ciudadana». O que en la exposición de motivos del Decreto 13/2008, de 22 de enero, sobre acceso, evaluación y selección de documentos se afirme que «el Decreto aplica los principios sobre transparencia y acceso a la información previstos en el informe sobre el Buen Gobierno y Transparencia Administrativa de 27 de julio de 2005, elaborado por un grupo de trabajo creado mediante Acuerdo de Gobierno de 21 de diciembre de 2004».

Por otra parte, difícilmente se podrá concebir el derecho de acceso a la información pública sin una adecuada infraestructura de tratamiento de la información que viene constituida precisamente por el sistema archivístico. Un documento público que haya sido eliminado o que no resulte localizable puede suponer, en la práctica, un obstáculo insalvable para la transparencia. De aquí la importancia de los mandatos que la Ley dirige en el artículo 7 a todas las administraciones y entidades titulares de documentos públicos.

La Ley 10/2001 parte del concepto de «documento» que ofrece el artículo 19.1 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán, según el cual: «A los efectos de esta Ley, se entiende por documento toda expresión en lenguaje oral, escrito, de imágenes o de sonidos, natural o codificado, recogida en cualquier tipo de soporte material, y cualquier otra expresión gráfica que constituya un testimonio de las funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos, con exclusión de las obras de investigación o de creación».

1. Según la Ley, la documentación puede encontrarse en tres fases distintas:
 1. Fase activa: la documentación administrativa que una unidad tramita o utiliza habitualmente en sus actividades. Al término de esta fase, los documentos deben trasladarse al archivo correspondiente.
 2. Fase semiactiva: la documentación administrativa que, una vez concluida la tramitación ordinaria, no es utilizada de una manera habitual por la unidad que la ha producido en su actividad. Concluidas las fases activa y semiactiva, habrá que evaluar el documento público para decidir su conservación o bien su eliminación. La eliminación de cualquier documento público deberá efectuarse con sujeción a la normativa reglamentaria³³.
2. Documentación inactiva o histórica: la documentación administrativa que, una vez concluida la vigencia administrativa inmediata, posee valores primordialmente de carácter cultural o informativo. Si la

³³ Decreto 13/2008, de 22 de enero, sobre acceso, evaluación y selección de documentos.

evaluación determina la decisión de conservación permanente, los documentos deben reunirse en el archivo histórico pertinente.

Mención especial merece la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental que la Ley define como el órgano consultivo de la Administración de la Generalidad en materia de archivos (artículo 19 Ley 10/2001). Se trata de un órgano colegiado de carácter técnico de los que integran el Sistema de Archivos de Cataluña y que tiene, entre otras funciones: promover el ejercicio del derecho de acceso; informar (informe potestativo y no vinculante) sobre las reclamaciones efectuadas por quien considere vulnerado su derecho de acceso; informar (informe preceptivo y no vinculante) en los supuestos de derogación singular de la normativa previstos en el artículo 34.3; y establecer criterios sobre la aplicación de la normativa que rige el acceso a los documentos públicos.

De la redacción del apartado primero del artículo 34 se desprende que la Ley 10/2001 se inscribe en el marco general que sobre la materia prevé la Ley 30/1992 en su artículo 37. Sin embargo, se constata alguna diferencia significativa, porque, mientras que el artículo 37 de la Ley 30/1992 parece condicionar el acceso a los documentos al hecho de que estos formen parte de un expediente que obre en un archivo administrativo, el artículo 34 citado proclama que «[e]l hecho de que un documento no esté en un archivo no lo excluye de consulta pública».

También resulta significativo que el artículo 6.2 de la Ley 10/2001 incluya entre los documentos públicos los producidos o recibidos por las personas físicas que ocupan cargos políticos si son relativos a dichas funciones. Esta previsión contrastaría en cierto modo con la exclusión absoluta del derecho de acceso que prevé el artículo 37.5 a) de informaciones sobre actuaciones del Gobierno no sujetas a derecho administrativo.

En definitiva, la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública deberá estar coordinada con la legislación sectorial de archivos y documentos, debiendo producirse en esta los ajustes y modificaciones necesarios para garantizar la coherencia necesaria del ordenamiento, así como la efectividad y operatividad del derecho de acceso a la información pública.

3.4.2.4. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos

En la medida en la que la Ley del Estado 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos reconoce el derecho de la

ciudadanía a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos y, correlativamente, la obligación de las administraciones públicas de dotarse de medios y sistemas electrónicos para que este derecho se pueda ejercer, se puede hablar de un avance en el camino de poner al servicio de los ciudadanos las ventajas y posibilidades que ofrece la sociedad de la información.

Entre los muchos preceptos de carácter básico que contiene la Ley destacamos los siguientes:

«Artículo 3. Finalidades de la Ley.

Son fines de la presente Ley:

» 1. [...].

2. Facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, con especial atención a la eliminación de las barreras que limiten dicho acceso.

» 3. [...].

4. Promover la proximidad con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general.

» 5. [...].

6. Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales.

» 7. [...].»

«Artículo 4. Principios generales.

La utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose a los siguientes principios:

» a); b); c); d); e); f); g); h); i); j) [...].

k) Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas.»

3.4.2.5. Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña

En el marco de las bases fijadas por el Estado mediante la Ley 11/2007, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña, de la que destacamos los siguientes artículos:

«Artículo 9

Calidad de la información del sector público.

1. La información del sector público que se difunde por medios electrónicos debe ser:

a) Actualizada, que indique la fecha de la última actualización y que retire los contenidos obsoletos.

b) Objetiva, de manera que la información que se difunde por medios electrónicos debe ser completa, veraz y precisa.

c) Útil, para que sea fácilmente usada por los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. A tal efecto, la información debe ser clara, sencilla, comprensible y fácil de encontrar por medio del uso de buscadores o de otros medios e instrumentos que se habiliten.

d) Accesible, de acuerdo con los estándares vigentes, garantizando su conocimiento universal para que todos los ciudadanos puedan acceder a la información en condiciones de igualdad, especialmente los colectivos con discapacidad o con dificultades especiales.

2. Las entidades del sector público deben adoptar las medidas internas necesarias para garantizar que la difusión de la información cumpla las condiciones del apartado 1.

3. Las entidades del sector público, sin perjuicio de lo establecido por la normativa de protección de datos de carácter personal, deben determinar los instrumentos adecuados a fin de que los ciudadanos puedan solicitar que se corrija la información difundida si esta no cumple los requisitos establecidos por el apartado 1.

4. Las entidades del sector público deben indicar la unidad, el órgano o el organismo responsable de la difusión de la información que debe velar por que se cumpla lo establecido por el presente artículo.»

«Artículo 10. Información general del sector público.

1. Las entidades que integran el sector público deben difundir, en el ámbito de sus competencias, por medios electrónicos, la siguiente información:

a) Información sobre la organización, que permita a los ciudadanos conocer la organización administrativa, las competencias de las entidades que integran el sector público, las autoridades, el personal directivo y el personal a su servicio responsables de la tramitación de los procedimientos administrativos y de la prestación de los servicios públicos, así como la relación actualizada de los puestos de trabajo, de sus funciones y las correspondientes mesas retributivas.

b) Información sobre los procedimientos que son de interés para los ciudadanos y, en particular, los que hacen referencia a los requisitos jurídicos y técnicos establecidos por el ordenamiento jurídico para los proyectos, actuaciones o solicitudes; los procedimientos administrativos que tramitan, precisando sus plazos y el sentido del silencio; el perfil de contratante; las convocatorias y resoluciones de ayudas y subvenciones; el acceso y selección del personal, y el Catálogo de datos y documentos interoperables que obran en poder de las administraciones públicas.

c) Información sobre la actividad, que incluye la que hace referencia a las actuaciones que llevan a cabo las entidades que conforman el sector público y, en particular, la información relativa a los servicios públicos prestados, las prestaciones previstas, su disponibilidad y las cartas de servicios, así como la información relativa a los acuerdos que toman las entidades del sector público, de conformidad con lo establecido por su normativa reguladora.

d) Información sobre la normativa en vigor aplicable en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de la publicación de los diarios oficiales en la correspondiente sede electrónica.

e) Información de interés general para los ciudadanos, como la información cartográfica o sobre el tráfico, tiempo, medio ambiente, cultura, salud y educación, sin perjuicio de las obligaciones de información impuestas por la correspondiente normativa específica.

2. Las entidades locales deben publicar en su sede electrónica las actas de las sesiones del pleno. En su publicación, deben tenerse en cuenta los principios y garantías establecidos por la normativa de protección de datos y la de protección del derecho al honor y la intimidad. A estos efectos, pueden incluirse datos de carácter personal sin contar con el

consentimiento de la persona interesada, si se trata de datos referentes a actos debatidos en el pleno de la corporación o a disposiciones objeto de publicación en correspondiente el boletín oficial. En el resto de supuestos, sin perjuicio de lo dispuesto por otras leyes, la publicación únicamente es posible si se cuenta con el consentimiento de la persona interesada o los datos no pueden, en ningún caso, vincularse con la propia persona interesada.»

3.4.3. Normativa sectorial

3.4.3.1. Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español

En el artículo 57, la Ley 16/1985 regula el régimen de acceso y consulta de los documentos que integran el patrimonio documental del Estado:

«Artículo 49.

1. Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones.
2. Forman parte del patrimonio documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.

“ 3; 4; 5; [...]»

«Artículo 57.

1. La consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas:
 - a) Con carácter general, tales documentos concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de derecho público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos

Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia.

c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos.

2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos.»

Aunque la Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, no encontramos en el articulado de esta norma reglamentaria ningún precepto que concrete el régimen de consulta y reproducción documental.

3.4.3.2. Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán

Por su parte, el artículo 18 de la Ley del Parlamento 9/1993 incluye dentro de la relación de bienes integrantes del patrimonio cultural catalán el patrimonio documental, que queda definido a su vez en su artículo 19. Con todo, y a diferencia de la ley estatal, la Ley 9/1993 omite regular un régimen de acceso o consulta referente al patrimonio documental, con la única excepción de prever, en el artículo 61, un genérico régimen de visita pública y difusión de los bienes culturales declarados de interés nacional (con arreglo a los artículos 7 y siguientes), por lo que entendemos que, en términos generales, deberá atenderse a lo previsto al respecto en la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos:

«Artículo 19

Patrimonio documental.

1. A los efectos de esta Ley, se entiende por documento toda expresión en lenguaje oral, escrito, de imágenes o de sonidos, natural o codificado, recogida en cualquier tipo de soporte material, y cualquier otra expresión gráfica que constituya un testimonio de las funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos, con exclusión de las obras de investigación o de creación.

2. Integran el patrimonio documental de Cataluña los documentos que se incluyen en alguno de los supuestos siguientes:

a) Los documentos producidos o recibidos, en el ejercicio de sus funciones y como consecuencia de su actividad política y administrativa, por la Generalidad, por los Entes locales y por las Entidades autónomas, las Empresas públicas y las demás Entidades que dependen de ellos.

b) Los documentos de más de cuarenta años de antigüedad producidos o recibidos, en el ejercicio de sus funciones, por personas jurídicas de carácter privado que desarrollan su actividad en Cataluña.

c) Los documentos de más de cien años de antigüedad producidos o recibidos por cualquier persona física y los documentos de menor antigüedad que hayan sido producidos en soportes de caducidad inferior a los cien años, como en el caso de los audiovisuales en soporte fotoquímico o magnético, de acuerdo con lo que se establezca por Reglamento.

d) Los documentos comprendidos en fondo conservados en archivos de titularidad pública de Cataluña.

e) Los documentos no comprendidos en los apartados anteriores que se integren al mismo por resolución del Consejero o Consejera de Cultura, previo informe del Consejo Nacional de Archivos, dados sus valores históricos o culturales.

3. Todos los documentos de los órganos de la Administración del Estado, de las Notarías y los Registros públicos y de los órganos de la Administración de Justicia radicados en Cataluña forman parte también del patrimonio documental de Cataluña, sin perjuicio de la legislación del Estado que les sea aplicable.

4. Los documentos de los órganos de la Comunidad Europea radicados en Cataluña forman parte también del patrimonio documental de Cataluña, sin perjuicio de la normativa comunitaria que les sea aplicable»

«Artículo 61.

Visita pública y difusión.

1. La Administración de la Generalidad velará para que la visita pública a los bienes culturales de interés nacional se efectúe en condiciones adecuadas de conservación, conocimiento y difusión de los bienes y de seguridad de los visitantes.

2. La Administración de la Generalidad promoverá la realización de reproducciones y copias de los bienes culturales de interés nacional con finalidades didácticas y de promoción turística, y hará constar en las mismas de forma visible su procedencia y su condición de copia, sin perjuicio del derecho de propiedad intelectual.

3. La Administración de la Generalidad fomentará el uso y disfrute del patrimonio cultural catalán como recurso de dinamización social y turística, respetando las necesidades de conservación y protección de los bienes y de su entorno establecidas por esta Ley.»

3.4.3.3. Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos

La ley orgánica sobre financiación de los partidos políticos ha sido recientemente modificada por la ley orgánica 5/2012, de 22 de octubre. Entre otros, y para lo que aquí nos interesa, se ha introducido el deber tanto de los partidos políticos como de las fundaciones y asociaciones vinculadas de hacer pública, preferentemente de forma electrónica, determinada información contable:

«Artículo 14.

» 1; 2; 3; 4; 5; 6; 7; [...].»

8. Los partidos políticos, una vez emitido por el Tribunal de Cuentas el informe de fiscalización correspondiente a un determinado ejercicio, vendrán obligados a hacer públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados y, en particular, la cuantía de los créditos que les han sido concedidos, el tipo de entidad concedente y las condonaciones de deuda correspondientes a tal ejercicio, de forma que esta información sea de gratuito y fácil acceso para los ciudadanos.»

«Disposición adicional séptima.

» 1; 2; 3; 4; [...]»

5. Las fundaciones y asociaciones reguladas en esta disposición adicional estarán obligadas a formular y aprobar sus cuentas en los términos previstos en la legislación vigente y a realizar una auditoría de sus cuentas anuales. Una vez emitido por el Tribunal de Cuentas el informe de fiscalización de las aportaciones a las que se refiere el apartado Uno de este artículo, vendrán obligadas a hacer públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados de forma que esta información sea de gratuito y fácil acceso para los ciudadanos.

» 6; [...]»

3.4.3.4. Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente

Con carácter de legislación básica, en este caso sectorial, resulta obligada la referencia a la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

De esta norma destacaremos los dos artículos siguientes:

«Artículo 3. Derechos en materia de medio ambiente.

Para hacer efectivos el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo, todos podrán ejercer los siguientes derechos en sus relaciones con las autoridades públicas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y con lo establecido en el artículo 7 del Código Civil:

1) En relación con el acceso a la información:

- a) A acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede.
- b) A ser informados de los derechos que le otorga la presente ley y a ser asesorados para su correcto ejercicio.
- c) A ser asistidos en su búsqueda de información.

- d) A recibir la información que soliciten en los plazos máximos establecidos en el artículo 10.
 - e) A recibir la información ambiental solicitada en la forma o formato elegidos, en los términos previstos en el artículo 11.
 - f) A conocer los motivos por los cuales no se les facilita la información, total o parcialmente, y también aquellos por los cuales no se les facilita dicha información en la forma o formato solicitados.
 - g) A conocer el listado de las tasas y precios que, en su caso, sean exigibles para la recepción de la información solicitada, así como las circunstancias en las que se puede exigir o dispensar el pago.
- » 2); 3); 4) [...]»

«Artículo 5. Obligaciones generales en materia de información ambiental.

1. Las Administraciones públicas deberán realizar las siguientes actuaciones:

- a) Informar al público de manera adecuada sobre los derechos que les otorga la presente Ley, así como de las vías para ejercitar tales derechos.
- b) Facilitar información para su correcto ejercicio, así como consejo y asesoramiento en la medida en que resulte posible.
- c) Elaborar listas de autoridades públicas en atención a la información ambiental que obre en su poder, las cuales se harán públicamente accesibles. A tal efecto, existirá al menos una lista unificada de autoridades públicas por cada Comunidad Autónoma.
- d) Garantizar que su personal asista al público cuando trate de acceder a la información ambiental.
- e) Fomentar el uso de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones para facilitar el acceso a la información.
- f) Garantizar el principio de agilidad en la tramitación y resolución de las solicitudes de información ambiental.

2. Las autoridades públicas velarán porque, en la medida de sus posibilidades, la información recogida por ellas o la recogida en su nombre esté actualizada y sea precisa y susceptible de comparación.

3. Las autoridades públicas adoptarán cuantas medidas sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho de acceso a la información

ambiental y, entre ellas, al menos alguna de las que se señala a continuación:

- a) Designación de unidades responsables de información ambiental.
- b) Creación y mantenimiento de medios de consulta de la información solicitada.
- c) Creación de registros o listas de la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o puntos de información, con indicaciones claras sobre dónde puede encontrarse dicha información.»

3.4.3.5. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública

Continuando con la normativa sectorial, y por su novedad, merecen destacarse también los siguientes artículos de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública³⁴:

«Artículo 4. Derecho a la información.

Los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tiene derecho a ser informados, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública por las Administraciones competentes. Este derecho comprende en todo caso, los siguientes:

- a) Recibir información sobre los derechos que les otorga esta ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos.
- b) Recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas.
- c) Recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente.
- d) Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las

³⁴ BOE núm. 240, de 5.10.2011.

condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo.»

«Artículo 10. Información pública sobre riesgos para la salud de la población.

Sin perjuicio de las competencias que corresponden a otras autoridades públicas, las Administraciones sanitarias informarán sobre la presencia de riesgos específicos para la salud de la población. Esta información incluirá una valoración de su impacto en la salud, de las medidas que adopten las Administraciones sanitarias al respecto y de las recomendaciones para la población.»

«Artículo 18. Comunicación en salud pública.

1. Las Administraciones sanitarias velarán por que la información sobre salud dirigida al público sea veraz y cumpla con las previsiones de esta ley, especialmente cuando sea difundida a través de los medios de comunicación social.»

3.4.3.6. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible

Dictada con carácter básico y, por lo tanto, aplicable a todas las administraciones públicas y organismos y entidades que de ellos dependen, esta norma aborda, transversalmente y con alcance estructural, la modificación de varias normas legales con el objetivo final de lograr un crecimiento sostenible en los ámbitos económico, medioambiental y social.

La ley reserva un papel destacado al principio de transparencia, proyectándolo en campos tan diferentes como la calidad normativa, los organismos reguladores, los mercados financieros, la política energética, la disciplina presupuestaria de las entidades locales o la contratación pública.

A título de ejemplo, y en atención a su importancia, a continuación transcribimos el siguiente precepto:

«Artículo 4. *Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.*

1. En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios

de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.

» 2; 3; 4 [...].

5. En aplicación del principio de transparencia, los objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente.

» 6; 7; 8 [...].

9. En todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general.»

3.4.3.7. Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Desarrollando de manera directa el artículo 135 de la Constitución, modificado el mes de septiembre de 2011, esta ley orgánica contiene importantes medidas de transparencia orientadas fundamentalmente a fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española.

Entre ellas podemos destacar:

«Artículo 6. *Principio de transparencia.*

1. La contabilidad de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, así como sus Presupuestos y liquidaciones, deberán contener información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera y la observancia de los requerimientos acordados en la normativa europea en esta materia. A este respecto, los Presupuestos y cuentas generales de las distintas Administraciones integrarán información sobre todos los sujetos y entidades comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley.

2. Corresponde al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas proveer la disponibilidad pública de la información económico-financiera relativa a los sujetos integrados en el ámbito de aplicación de esta Ley, con el alcance y periodicidad que se derive de la aplicación de las normas y acuerdos nacionales y de las disposiciones comunitarias.

Las Administraciones Públicas suministrarán toda la información necesaria para el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley o de las normas y acuerdos que se adopten en su desarrollo, y garantizarán la coherencia de las normas y procedimientos contables, así como la integridad de los sistemas de recopilación y tratamiento de datos.

3. Igualmente estarán sometidas a disponibilidad pública las previsiones utilizadas para la planificación presupuestaria, así como la metodología, supuestos y parámetros en los que se basen.»

«Artículo 27. *Instrumentación del principio de transparencia.*

» 1; 2; 3 [...].

4. La concreción, procedimiento y plazo de remisión de la información a suministrar por Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, así como la documentación que sea objeto de publicación para conocimiento general, serán objeto de desarrollo por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Nacional de Administración Local, en sus ámbitos respectivos.

5. Con el fin de dar cumplimiento al principio de transparencia y a las obligaciones de publicidad derivadas de las disposiciones de la Ley, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas podrá publicar información económico-financiera de las Administraciones Públicas con el alcance, metodología y periodicidad que se determine conforme a los acuerdos y normas nacionales y las disposiciones comunitarias.

6. El incumplimiento de las obligaciones de suministro de información y transparencia derivadas de las disposiciones de esta ley podrá llevar aparejada la imposición de las medidas previstas en el artículo 20.»

«Artículo 28. Central de información.

1. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas mantendrá una central de información, de carácter público, que provea de información sobre la actividad económico-financiera de las distintas Administraciones Públicas.

» 2; 3; 4; 5 [...].»

Desarrollando esta Ley Orgánica, la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, ha definido qué información debe ser objeto de publicación periódica para su conocimiento general. La norma reglamentaria establece que la publicidad se haga mediante el portal web del Ministerio estableciendo periodos muy cortos a contar desde que la información ha sido producida.

De este régimen legal específico de transparencia cabe destacar que, aunque deja margen al ejecutivo para que por vía de reglamento determine el alcance concreto de las informaciones que deben hacerse públicas, también prevé medidas de naturaleza coercitiva y correctora para el caso en el que los sujetos obligados incumplan la obligación de remisión de la información.

3.4.3.8. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

El Capítulo VI, del Título III del Estatuto Básico del Empleado Público titulado «Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta», contiene los siguientes mandatos:

«Artículo 52. *Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta.*

Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: [...] transparencia [...], que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.»

«Artículo 54. *Principios de conducta*

» 1; 2; 3 [...].

4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

» 5; 6; 7; 8; 9; 10; 11 [...].»

3.4.4. *Poderes legislativo y judicial*

3.4.4.1. Régimen específico de la información sobre actuaciones legislativas

Del Reglamento del Parlamento de Cataluña³⁵ podemos destacar:

«Artículo 98. *Publicidad del trabajo parlamentario*

1. El Parlamento es accesible a los ciudadanos y a los grupos y las organizaciones sociales, los cuales tienen derecho a conocer las tramitaciones parlamentarias.
2. La Administración parlamentaria, mediante las tecnologías de la comunicación y la información y en especial por medio de internet, del Canal Parlament y de otros medios específicos, debe facilitar a los ciudadanos el acceso a las tramitaciones y la documentación parlamentarias.»

Esta norma, sin correlativo en el ámbito del legislativo estatal³⁶, establece como regla general el acceso a la tramitación y documentación parlamentarias. Se parte, pues, de un amplio reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, por lo que no tendría que ofrecer dudas la plena incorporación del poder legislativo al régimen general de transparencia y acceso a la información.

³⁵ Aprobado por el Pleno del Parlamento en sesión de 22.12.2005 (DOGC, núm. 4553, de 18.1.2006).

³⁶ El artículo 98 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 establece:

«1. La Mesa de la Cámara adoptará las medidas adecuadas en cada caso, para facilitar a los medios de comunicación social la información sobre las actividades de los distintos órganos del Congreso de los Diputados.

2. La propia Mesa regulará la concesión de credenciales a los representantes gráficos y literarios de los distintos medios, con objeto de que puedan acceder a los locales del recinto parlamentario que se les destine y a las sesiones a que puedan asistir.

3. Nadie podrá, sin estar expresamente autorizado por el Presidente del Congreso, realizar grabaciones gráficas o sonoras de las sesiones de los órganos de la Cámara.»

Dejando aparte las publicaciones oficiales del Parlamento, y complementariamente al mandato establecido en el precepto transcrito, el mismo reglamento del Parlamento contiene otras normas que proclaman el carácter público de las sesiones: de las comisiones (artículo 43); de la Diputación Permanente (artículo 67.7); del Pleno (artículo 70); o de las que tienen por objeto la comparecencia de personas candidatas a ocupar cargos públicos cuya elección corresponda al Parlamento (artículo 157.6). Por último, aunque no queda específicamente referido en las propias actuaciones del poder legislativo, en atención a la condición de representantes democráticamente elegidos y, por lo tanto, formando parte del estatuto propio de los diputados, el Reglamento del Parlamento contiene un régimen reforzado de acceso a la información pública según el cual «[l]os diputados, de conformidad con la ley, tienen derecho a acceder a todos los datos y la información de las administraciones y las instituciones públicas, con respeto a las limitaciones de la legislación sobre protección de datos de carácter personal». El acceso a las informaciones declaradas secretas o reservadas queda restringido en exclusiva a los representantes de los grupos parlamentarios y sujeto al deber de mantener reserva permanente.

En materia de conflicto de intereses y a fin y efecto de identificarlos y gestionarlos, el Reglamento del Parlamento prevé:

«Artículo 12. Declaración de actividades y bienes

1. Los diputados han de presentar al Parlamento las declaraciones de actividades y bienes, de conformidad con lo establecido por el artículo 16.1.b, según el modelo aprobado por la Mesa y con el siguiente contenido:

- a) Una declaración de las actividades profesionales, laborales o empresariales que ejercen y de los cargos públicos que ocupan.
- b) Una declaración de bienes, que debe detallar el patrimonio de quien declara.

» 2; 3; 4; 5 [...].

6. El Registro de intereses de los diputados del Parlamento recoge la información facilitada por estos de conformidad con los apartados 1.a y b y 3 y está bajo la custodia de la Secretaría General. La información relativa a las actividades y los cargos es de carácter público.

» 7 [...].»

Esta norma también forma parte del Título II del Reglamento, dedicado al estatuto de los diputados. Para desarrollar este mandato reglamentario, la Mesa

del Parlamento adoptó con fecha 15.12.2009 unas instrucciones para la organización y el funcionamiento del Registro de intereses de los diputados.

Según estas instrucciones, el Registro se organiza en dos secciones relativas a las actividades (sección A) y a los bienes (sección B), respectivamente. Mientras que las declaraciones de la sección A tienen que ser publicadas, las de la sección B solo pueden llegar a ser conocidas en casos concretos e individualizados por parte de miembros de la Comisión del Estatuto de los Diputados o de la autoridad judicial.

En cuanto a los Estatutos del régimen y el gobierno interiores del Parlamento de Cataluña³⁷, destacamos la siguiente norma relativa al régimen estatutario del personal al servicio del Parlamento:

«Artículo 101. *Principios de conducta.*

Los principios de conducta que deben de guiar la actuación del personal del Parlamento son los siguientes:

» a); b); c) [...].

d) Informar a los ciudadanos sobre las materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

» e); f); g); h); i); j) [...].»

El precepto constituye una manifestación del mandato derivado del artículo 54 del Estatuto básico del empleado público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. Su finalidad es trasladar a los empleados públicos la vertiente pasiva del derecho de acceso a la información pública correspondiente a las administraciones.

3.4.4.2. Régimen de acceso a las informaciones del poder judicial

La propia Constitución, en su Título VI, concede especial relevancia a la publicidad de las actuaciones del poder judicial.

«Artículo 120

³⁷ Versión resultante de la modificación de los Estatutos del régimen y el gobierno interiores del Parlamento de Cataluña aprobada por la Comisión de Asuntos Institucionales en sesión de 22.4.2009 (BOPC núm. 518, de 20.7.2009).

1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento.
2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.
3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.»

De la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) cabe destacar los artículos siguientes:

«Article 232.

1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento.
2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.»

«Artículo 233.

Las deliberaciones de los tribunales son secretas. También lo será el resultado de las votaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre la publicación de los votos particulares.»

«Artículo 234.

1. Los secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley. También expedirán los testimonios en los términos previstos en esta Ley.

2. Asimismo las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrán derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados.»

«Artículo 235.

Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley.»

«Artículo 266.

1. Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Oficina judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas.

2. Los secretarios pondrán en los autos certificación literal de la sentencia.»

«Artículo 461.

» 1. [...].

2. La Estadística Judicial constituye un instrumento básico al servicio de las Administraciones públicas y del Consejo General del Poder Judicial para la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia [...].

La Estadística Judicial asegurará, en el marco de un plan de transparencia, la disponibilidad permanente y en condiciones de igualdad por las Cortes Generales, el Gobierno, las comunidades autónomas, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado de información actualizada, rigurosa y debidamente contrastada sobre la actividad y carga de trabajo de todos los órganos, servicios y oficinas judiciales de España, así como sobre las características estadísticas de los asuntos sometidos a su conocimiento. Los ciudadanos tendrán pleno acceso a la estadística judicial.

3. La Comisión Nacional de Estadística Judicial, integrada por el Ministerio de Justicia, una representación de las comunidades autónomas con competencias en la materia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, aprobará los planes estadísticos, generales y especiales, de la Administración de Justicia y establecerá criterios uniformes y de obligado cumplimiento para todos sobre la obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español. [...].

» 4. [...].»

A su vez, la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, contiene un artículo dedicado a la transparencia judicial:

«Artículo 14. *Plan de transparencia judicial*

1. El Plan de transparencia judicial constituye una herramienta básica de las Administraciones públicas y del Consejo General del Poder Judicial para la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia, y, en particular, para las siguientes finalidades:

- a) El desarrollo del programa legislativo del Estado en materia procesal.
- b) La planificación presupuestaria en materia de retribuciones de los miembros de la carrera judicial, así como sobre los recursos humanos y materiales al servicio de la Administración de Justicia.
- c) La actualización y modificación de la organización judicial.
- d) El funcionamiento de los servicios de inspección sobre los juzgados y tribunales.

» 2; 3 [...].

4. El Plan de transparencia judicial será aprobado por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, del Fiscal General del Estado y de las comunidades autónomas que hayan asumido el traspaso de funciones y servicios para la provisión de medios personales y materiales en materia de justicia.»

En cuanto al Ministerio Fiscal, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula su estatuto orgánico, prevé:

«Artículo 4. *Facultades del Ministerio Fiscal*

El Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá:

» Uno; dos; tres; cuatro [...].

Cinco. Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados. [...].

» Seis [...].»

Indudablemente, el poder judicial es fuente de una gran cantidad de información pública.

Hay que distinguir la información generada como consecuencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional –consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado– de la producida por el aparato administrativo que hace posible la función jurisdiccional.

En el primer grupo se incluye toda información que, ya sea con alguna de las formas que adoptan las resoluciones judiciales –provisiones, interlocutorias y sentencias–, ya sea contenida en los informes y otros documentos incorporados a las actuaciones, podríamos denominar información sobre la actividad judicial o sobre la Administración de justicia.

En el segundo grupo se hallan las informaciones relativas a los recursos humanos y materiales empleados (v. gr. selección de jueces, fiscales y resto de personal; asignaciones presupuestarias y su ejecución...) y a la estructura y organización de los juzgados y tribunales, incluidas las actuaciones disciplinarias, constituyendo todas ellas lo que la doctrina del Tribunal Constitucional identifica con la denominada *administración de la Administración de justicia* y gobierno del poder judicial³⁸.

Los preceptos transcritos de la Constitución, de la Ley Orgánica del Poder Judicial –a excepción del artículo 461– y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se refieren a las primeras de las informaciones que acabamos de mencionar, es decir, a la información sobre la propia actividad jurisdiccional.

La regla general, según se desprende del artículo 120.1 CE y del apartado primero del artículo 232 LOPJ, es la publicidad, mientras que el secreto es la excepción. La LOPJ plantea la cuestión del acceso a la información fruto de la actividad judicial desde la perspectiva de la publicidad, distinguiendo, a su vez, entre la publicidad que puede darse en el seno de un proceso en curso (art. 232 a 234), de la que puede darse cuando las actuaciones ya han concluido y se han incorporado a un libro, archivo o registro (art. 235 y 266)³⁹.

³⁸ La distinción que el TC hace entre «gobierno» del Poder judicial y «administración de la Administración de justicia» se hace únicamente a efectos competenciales en el sentido de incluir el «gobierno», junto con la función de juzgar y hacer ejecutar el juzgado –función jurisdiccional–, en el llamado *núcleo esencial* del título «Administración de justicia» como competencia exclusiva reservada al Estado. Por el contrario, las comunidades autónomas sí que pueden asumir competencias en materia de «administración de la Administración de justicia». Sin embargo, desde la perspectiva de la transparencia la distinción pierde razón de ser.

³⁹ En el mismo sentido *vid.* art. 140 y 141 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

Esta última publicidad es la que resultaría equiparable al supuesto general de acceso a información pública, pero, en cambio, la LOPJ exige tener la condición de interesado para acceder a ella. En idénticos términos, el Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones, aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo General de Poder Judicial de 15.9.2005, recoge esta exigencia en los artículos 2 y 3, al tiempo que el artículo 4 concreta el régimen y procedimiento de acceso⁴⁰.

Se produce, así, el siguiente efecto paradójico: todo el mundo tiene garantizado poder asistir a las vistas orales y escuchar las sentencias en audiencia pública, pero no tener acceso al texto de las sentencias, que queda reservado a quienes acrediten un interés. En este contexto normativo, la publicidad no resulta equiparable a transparencia. Podríamos decir que la publicidad es condición necesaria pero no suficiente para lograr un grado de acceso a la información que resulte merecedor del calificativo *transparente*.

La legítima aspiración democrática a una justicia más transparente empezó a recibir el necesario impulso político mediante el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001.

40 «Artículo 4.

1. Corresponde a los Secretarios de la Oficina judicial facilitar a los interesados el acceso a los documentos judiciales a que se refieren los dos artículos anteriores.

2. Quienes estén interesados en acceder a los documentos a que hacen referencia los dos artículos anteriores, presentarán la solicitud por escrito en la Secretaría del órgano judicial, precisando el documento o documentos cuyo conocimiento se solicita y exponiendo la causa que justifica su interés. La solicitud será resuelta en el plazo de dos días mediante acuerdo del Secretario de la unidad de la Oficina judicial en que se encuentre la documentación interesada, quien deberá valorar si el solicitante justifica su interés, la existencia de derechos fundamentales en juego, y la necesidad de tratar los documentos a exhibir o de omitir datos de carácter personal en los testimonios o certificaciones a expedir, en caso de que el solicitante no justifique un interés personal y directo, de manera que se salvaguarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados por la resolución judicial. Si accediere a lo solicitado expedirá el testimonio o la certificación que proceda o exhibirá la documentación de que se trate, previo tratamiento de datos de carácter personal, en su caso.

3. Sin perjuicio de lo establecido en las leyes de procedimiento, el acuerdo denegatorio del Secretario judicial será revisable por el Juez o Presidente a petición del interesado, que lo deberá solicitar en el plazo de tres días desde la correspondiente notificación. Si, transcurridos dos días desde la solicitud, no hubiere recaído acuerdo expreso del Secretario, ni se hubiere expedido el testimonio o certificación solicitados, ni realizada tampoco la exhibición de que se trate, se entenderá que la petición ha sido denegada y, en su consecuencia, el interesado podrá ejercitar ante el Juez o Presidente el derecho de revisión mencionado anteriormente. Contra el acuerdo del Juez o Presidente se podrán interponer los recursos establecidos en el Reglamento número 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de Gobierno de Tribunales.

4. Respecto del acceso a las actuaciones judiciales de las que se desprendan datos con trascendencia tributaria, se estará además a lo establecido en el artículo 94.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.»

El pacto incluía entre sus prioridades la elaboración de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia⁴¹. El preámbulo de dicha carta se inicia con las siguientes palabras: «A principios del siglo XXI la sociedad española pide con urgencia una Justicia más abierta [...]». Sin embargo, pese a predicar una justicia transparente, la Carta sigue condicionando el acceso a los documentos, libros archivos y registros judiciales a que no tengan carácter reservado y a reunir la condición de persona interesada.

Fundamentándose en la Carta mencionada y desarrollando el mandato contenido tanto en la LOPJ como en la Ley 15/2003, el Consejo de Ministros, mediante Acuerdo de 21.10.2005 aprobó el Plan de transparencia judicial⁴². Este plan es la herramienta básica de carácter técnico diseñada con el «firme propósito de desterrar definitivamente la opacidad informativa que dificulta el seguimiento de la actividad jurisdiccional». A su vez, el instrumento principal que debe permitir el despliegue operativo del plan es la estadística judicial.

El plan enumera en detalle toda la información que deberá ser objeto de tratamiento estadístico en función de su utilidad: datos sociales y económicas; gasto público; ingresos por tasas judiciales; datos económicos de las cuentas de depósitos y consignaciones; régimen retributivo; gasto privado –el que tienen que soportar los particulares usuarios de la justicia para acceder a abogados, procuradores y a otros profesionales implicados–; oficinas de información; profesiones jurídicas; asistencia jurídica gratuita; centros de enseñanza; organización territorial de la Administración de justicia; medios personales, con distinción de titulares y sustitutos; organización y medios de los juzgados y tribunales; datos del sistema policial; datos del sistema penitenciario; quejas, reclamaciones y sugerencias por el funcionamiento del servicio; identificación del órgano; medios personales y materiales; cargas de trabajo y resolución; indicadores de calidad de la Justicia.

Toda esta información, concebida como información estadística y, por lo tanto, desvinculada de asuntos concretos sometidos a conocimiento jurisdiccional, constituye, en realidad, información sobre «la administración de la Administración de justicia». Su valor como herramienta para conocer y controlar la gestión es indudable. Nos encontramos ante una manifestación de la llamada *transparencia activa* objeto de su propia regulación específica.

⁴¹ Fruto de una proposición no de ley aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, el día 16.4.2002.

⁴² Publicado en el BOE núm. 261, de 1.11.2005, mediante Resolución de 28.10.2005 de la Secretaría de Estado de Justicia.

Por último, no podemos pasar por alto que la LOPJ encomienda al Consejo General del Poder Judicial la competencia relativa a la «[p]ublicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determine del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales» (artículo 107.10). De esta publicidad oficial se encarga un órgano técnico del CGPJ, el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). Ahora bien, el CENDOJ, aunque ha sido concebido como una herramienta de conocimiento al servicio de la comunidad judicial⁴³, también constituye un instrumento de publicidad activa con respecto a las resoluciones judiciales con acceso abierto a la ciudadanía⁴⁴.

No obstante, hay que tener presente que este régimen de publicidad oficial de resoluciones judiciales queda restringido a las sentencias judiciales dictadas únicamente por órganos colegiados, porque las de los órganos unipersonales (juzgados) solo se publican si previamente han sido solicitadas con este fin por el CENDOJ. Para las demás resoluciones judiciales –interlocutorias y provisiones– opera otra limitación consistente en que solo serán objeto de publicación oficial aquellas que «puedan resultar de interés». Así, el artículo 8 del Reglamento 1/1997 del Centro de Documentación Judicial, aprobado por acuerdo del CGPJ de 7 de mayo, atribuye a la sección de jurisprudencia del CENDOJ la función de «llevar a cabo la recopilación y difusión, en la forma que se determine, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias, así como otras resoluciones judiciales cuya trascendencia e interés doctrinal justifique su difusión».

Queda sin resolver, como hemos señalado anteriormente, el problema del derecho de acceso a informaciones propiamente judiciales condicionado a la acreditación del requisito de legitimación basado en la condición de interesado. Es indiscutible que la información judicial incorpora también una gran cantidad de datos aportados por las partes del proceso y que, por necesaria que pueda resultar para el sostenimiento de las tesis respectivas y para la correcta Administración de justicia, no por ello adquiere automáticamente el carácter de información pública.

⁴³ De acuerdo con la Instrucción 4/2003 sobre remisión de las resoluciones judiciales al CGPJ para su recopilación y tratamiento por el Centro de Documentación Judicial, aprobada por acuerdo del CGPJ de 9 de abril, las resoluciones judiciales enviadas al CENDOJ serán objeto de «tratamiento en base de datos, edición en soporte informático y difusión, facilitando el acceso a ellas de todos los miembros de la Carrera Judicial».

⁴⁴ Art. 7 *if* Reglamento 1/2005 de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por acuerdo del CGPJ de 15 de septiembre.

Este es, sin duda, uno de los retos a los que la ley de acceso a la información tiene que hacer frente al diseñar el acceso a la información de la actividad judicial. El objetivo de transparencia se verá cumplido cuando la información que resulte accesible permita conocer cómo deciden los funcionarios encargados de administrar justicia sin que por esto haya que dar a conocer los conflictos particulares objeto del pleito.

4. De lege ferenda

4.1. Antecedentes inmediatos

A nivel estatal, los últimos tiempos han sido especialmente favorables a la proliferación de propuestas de regulación sobre la transparencia o el derecho de acceso a la información pública.

En el momento de elaborarse de este trabajo, en el Congreso de los Diputados se encuentra en trámite un proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de septiembre de 2012 (en adelante, el «Proyecto de Ley del Estado»). Se trata de una iniciativa impulsada en la X Legislatura por el gobierno del Partido Popular.

En cuanto a la otra gran formación política de ámbito estatal, ya en el programa electoral del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) de 2004 figuraba expresamente la promesa de impulsar una ley «sobre el derecho al libre acceso a la información». En el mismo programa se defendía que «[l]a garantía del derecho a la libre información lo ejercerá una autoridad independiente elegida por el Congreso de los Diputados, por mayoría cualificada, con facultades para obligar a las administraciones públicas a la entrega inmediata de la información o dato solicitado». A lo largo de las dos últimas legislaturas de gobierno del PSOE dicha norma nunca llegó a ver la luz, y solo consta que al final de la IX Legislatura (junio de 2011), el Ministerio de la Presidencia elaboró un anteproyecto de ley de transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública que ni siquiera llegó a ser aprobado como proyecto de ley.

A este contexto no resulta ajeno el clima generado por diferentes escándalos de corrupción –en el peor de los casos– o de prácticas o conductas constitutivas del llamado *wrongdoing*, que recientemente han visto la luz. La actual situación de crisis y de restricciones presupuestarias agudiza la percepción ciudadana de estos casos y agrava sus consecuencias.

Así, durante el año 2011, podemos destacar las iniciativas siguientes: proposición de ley orgánica del Grupo Parlamentario Mixto (UP y D) al Congreso de los Diputados sobre principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública; anteproyecto de ley del Ministerio de la Presidencia sobre transparencia y acceso a la información pública; proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, relativa a la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

También algunas comunidades autónomas han aprobado recientemente leyes que pretenden potenciar las llamadas «buenas prácticas» y que, directa o indirectamente, abordan temas como la transparencia, el derecho a la información y el acceso a los documentos administrativos⁴⁵. Sin embargo, se trata de leyes de contenido bastante heterogéneo, que regulan aspectos tan distintos como el código de conducta de los empleados públicos (caso de la ley gallega) hasta la compilación en una única norma de la figura del *ombudsman* y de las normas de buen gobierno que tienen que regir la actividad administrativa. No se puede decir que sean normas de acceso a la información en sentido propio porque no crean derechos más allá de la regulación básica existente y carecen de los requisitos básicos que más adelante se expondrán.

Consideración especial merece la ley recientemente aprobada de la Comunidad Foral de Navarra 11/2012, de 21 de junio, de la transparencia y del gobierno abierto (en adelante, la «Ley Foral 11/2012»), entre cuyo contenido destaca el reconocimiento y el tratamiento autónomo del derecho de acceso a la información pública, y que entró en vigor el día 29 de diciembre de 2012.

Para ilustrar y facilitar la comparación de las principales de estas iniciativas, el anexo al presente documento incorpora un cuadro donde se destacan los puntos que consideramos clave en relación con el derecho de acceso a la información pública.

Con respecto a Cataluña, con fecha 7.4.2011 fue creada una ponencia encargada de elaborar el texto de una proposición de ley al Parlamento de Cataluña sobre transparencia y acceso a la información pública, ponencia originada en la solicitud correspondiente dirigida a la Mesa del Parlamento el día 24.1.2011,

⁴⁵ Vid. Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega; Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública; Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana; Ley foral 2/2011, de 17 de marzo, por la que se establece un código de buen gobierno (Navarra); Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares.

caracterizada principalmente por el compromiso de la práctica totalidad de las fuerzas políticas con representación parlamentaria ante la necesidad de que Cataluña dispusiera de una ley al respecto. Esto ponía en valor un elemento clave para el éxito de la iniciativa: el consenso político.

Sin embargo, la disolución anticipada de la Cámara mediante el Decreto 104/2012, de 1 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución, hizo decaer la iniciativa.

Ya en la X Legislatura, la Mesa del Parlamento, en sesión celebrada el 5 de febrero de 2013, ha acordado, a solicitud del conjunto de los grupos parlamentarios, que la Comisión de Asuntos Institucionales nombre una ponencia, en la que tengan representación todos los grupos parlamentarios, para redactar una proposición de ley de transparencia y de acceso a la información pública⁴⁶.

4.2. Aproximación a la concurrencia de competencias normativas

Teniendo en cuenta que a día de hoy no existe ni en el ordenamiento jurídico español ni en el catalán ninguna regulación en vigor que tenga por objeto específico la transparencia y el acceso a la información, la posibilidad de la aprobación de tal regulación queda abierta a los diferentes legisladores.

Partiendo de la situación actual, y como afirma el Dr. Severiano Fernández⁴⁷, «las comunidades autónomas están perfectamente legitimadas para anticiparse en esta ordenación al legislador estatal, y sus determinaciones podrán extenderse, no solo a la administración autonómica respectiva, sino también a las entidades locales de su territorio».

La Ley Foral 11/2012 a la que acabamos de referirnos es un buen ejemplo. En el apartado II de su exposición de motivos, tras recordar que Navarra tiene competencia exclusiva, en virtud de su régimen foral, sobre las normas de procedimiento administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo o de la organización propios de Navarra, se añade que «Navarra

⁴⁶ BOPC núm. 22, de 11.2.2013.

⁴⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública», Seminarios Internacionales Complutenses, *El derecho de acceso a la información pública*, 2008.

respetar los límites de la legislación básica del Estado en materia de procedimiento administrativo común, dado que los derechos de acceso y el procedimiento y régimen de su ejercicio, amén de circunscribirse a su ámbito organizativo no suponen quiebra alguna de tales límites, sino antes bien, van más allá del mínimo impuesto por dicha legislación. En materia de transparencia, configurar un derecho de acceso a la información de la que dispone la Administración con carácter menos restrictivo y, por tanto, más amplio, supone una mejora para todas las personas que se relacionan con ella».

Previsiblemente la situación que acabamos de describir se verá pronto superada con la aprobación por parte de las Cortes Generales del Proyecto de Ley del Estado al que acabamos de referirnos en el apartado anterior.

El texto del Proyecto de Ley del Estado que se encuentra en trámite en el Congreso de los Diputados contiene la siguiente previsión:

«Disposición final octava. Título competencial.

La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1^a [sic], 149.1.13^a y 149.1.18^a de la Constitución. Se exceptúa lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 8 y el apartado 2 del artículo 18.»

De este redactado se desprende el carácter básico de la práctica totalidad de la Ley, porque las únicas excepciones se refieren a la creación de un «portal de transparencia» por parte de la administración general del Estado y a la constitución en esta de unidades de información especializadas.

En tanto en cuanto la regulación básica que derivaría de la eventual aprobación del Proyecto de Ley del Estado, a diferencia del régimen actual, supondría incrementar notablemente el alcance, las condiciones y las garantías procedimentales del derecho de acceso, cabe cuestionarse qué margen de acción restaría a los legisladores autonómicos en esta materia. En este contexto no se puede descartar la eventual conflictividad competencial entre el Estado y aquellas comunidades autónomas que, conforme a sus estatutos de autonomía respectivos, decidan legislar sobre la materia⁴⁸.

⁴⁸ Con respecto a Cataluña, los artículos 150, 159 y 160 del Estatuto de Autonomía podrían constituir título habilitador suficiente para regular esta materia.

4.3. Principios originarios del derecho de acceso a la información pública

A continuación plantearemos un conjunto de principios en los que se fundamenta el derecho de acceso, y veremos bajo qué luz debería configurar el legislador dicho derecho.

Identificar estos principios nos servirá a un doble fin: orientar el establecimiento de contenidos concretos de ese derecho y como instrumento hermenéutico una vez que el derecho haya sido reconocido por la ley.

4.3.1. *Principio democrático*

Tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía proclaman que los poderes del Estado o de la Generalidad emanan del pueblo.

Esto quiere decir, en primer lugar, que el derecho que todos tenemos a conocer los asuntos públicos, que a todos nos interesan, no es una concesión graciosa; y, en segundo lugar, también significa que la regla general tiene que ser la transparencia o el acceso a la información, así como que las limitaciones a dicha regla solo pueden ser las estrictamente necesarias en una sociedad democrática y deben estar previstas en una ley en forma de excepciones. La democracia, como sistema político, se fundamenta en el ejercicio visible del poder.

El principio democrático lleva implícitas la publicidad y la transparencia como condición necesaria para que los ciudadanos puedan tener acceso a la información, sin la cual la participación dejaría de tener sentido.

4.3.2. *Principios de publicidad y transparencia*

Público es lo que puede ver o saber todo el mundo.

Por el principio de publicidad, los poderes públicos, por iniciativa propia, tienen que hacer pública la información que poseen cuando la difusión resulte de interés para promover la transparencia de la Administración y su eficiencia, o cuando pueda animar la participación informada del público en asuntos de interés público.

La Constitución española prevé el mandato de publicidad en varios artículos: 9.3 (publicidad de las normas); 24.2 (proceso judicial público); 51.2 (promoción de la información a los consumidores); 80 (sesiones públicas de las cámaras

legislativas); 91 (inmediata publicación de las leyes aprobadas por las Cortes Generales), o 120 (publicidad de las actuaciones judiciales).

El acceso a la información que implica la publicidad puede tener más de un sentido. Por ejemplo, la publicidad entendida como la puesta a disposición del público de cierta información no significa lo mismo que entendida como la difusión de la información para forzar su conocimiento por parte del mayor número posible de personas. Mientras que la primera acepción se asocia con la idea del derecho individual de acceso a la información, la segunda suele responder a una obligación legal.

El concepto de publicidad ha evolucionado hacia la noción de transparencia, que ya no se predica de actos concretos de poder, sino que tiene un alcance más amplio, con vocación de limitar la discrecionalidad de los poderes públicos para seleccionar la información que tenga que ser liberada. La publicidad, en este sentido, es una condición necesaria pero no suficiente de la transparencia.

El término «transparencia» –hoy tan extendido en los ámbitos políticos y de gestión pública– evoca la propiedad que tienen determinados materiales de dejar pasar la luz y posibilitar así la visión de lo que hay al otro lado. Para ilustrar la idea de que la gestión y la administración públicas tienen que hacerse a la vista del público se emplea la metáfora de los «despachos de cristal».

Como ha observado algún autor⁴⁹, esta figura retórica no solo evoca la posibilidad de ver desde fuera qué sucede dentro, sino que también permite que desde dentro se tenga la percepción del mundo exterior, perspectiva, esta, indispensable para que los gobernantes puedan orientar su acción en pos del interés general.

Así, doctrinalmente es posible diferenciar tres categorías de transparencia⁵⁰:

1. Transparencia clásica. Derivada del derecho de todo ciudadano a conocer el funcionamiento de las instituciones.
2. Transparencia colaborativa. Los ciudadanos actúan como proveedores de información en una relación de carácter bidireccional.

⁴⁹ BARREDA FONTES, José María, «La región más transparente», *El Mundo*, 29.3.2010, p. 21.

⁵⁰ FUNG, Archong, GRAHAM, Mary y WEIL, David, *Full disclosure. The perils and promise of transparency*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

3. Transparencia orientada. La difusión de información se convierte en un instrumento político para prevenir riesgos de corrupción y mejorar los servicios públicos.

La transparencia es uno de los elementos relevantes desde el punto de vista de la gobernanza.

Si por «gobernanza» entendemos el proceso mediante el cual el conjunto de instituciones económicas, políticas y sociales de un país participan del ejercicio del poder, podemos hablar de «buena gobernanza» cuando hay una elaboración de las políticas públicas abierta, previsible y transparente; cuando el aparato burocrático actúa conforme a la ética profesional; cuando el ejecutivo responde de sus acciones; cuando una sociedad civil fortalecida participa en los asuntos públicos, y cuando todo ello sucede bajo el estado de derecho.

Tres son los mecanismos destinados a garantizar la buena gobernanza: primero, la existencia de normas y controles internos; segundo, la participación ciudadana; y tercero, la creación de las condiciones para que haya competencia en el sector privado. Así pues, en esa consecución del bien común se implican no solo los poderes públicos sino también otros actores decisivos como son los económicos y la propia sociedad civil.

Por el contrario, la opacidad es el entorno preferido para la corrupción y esta a su vez reclama todavía más invisibilidad. El mal gobierno necesita del secretismo para sobrevivir.

Todos estos motivos llevan a valorar positivamente, con carácter general, la idea de transparencia.

Sin embargo, no podemos pasar por alto el riesgo de banalización de la transparencia, que no se puede confundir con un mero afán de conocerlo todo por el solo hecho de conocerlo. La transparencia no tiene por finalidad satisfacer la curiosidad de cualquiera, sino que está al servicio del interés general. Por ello cualquier ley de acceso a la información puede y debe tener legítimamente en cuenta excepciones o limitaciones de dicho acceso a la información, para preservar en casos concretos intereses preferentes al de la divulgación.

Un sistema avanzado de transparencia basado en una buena legislación de acceso a la información pública permitiría situar en el lugar que les corresponde, es decir, al margen de la legalidad, los comportamientos de filtración o revelación de informaciones legítimamente protegidas como excepción por la propia ley de acceso a la información.

Un buen ejemplo de esto ha sido el fenómeno de las revelaciones de *Wikileaks*. La trascendencia penal de los hechos consistentes en la substracción y revelación

de hasta 750.000 documentos secretos por parte de un militar de Estados Unidos sospechoso de haberlos entregado a *Wikileaks* no parece ofrecer muchas dudas. Hay que pensar que es altamente probable que se hayan puesto en riesgo la integridad y la vida de diplomáticos, informadores, disidentes, activistas o testigos inocentes cuyas identidades figuraban en dichos documentos.

Mucha más controversia genera, en cambio, la publicación de estos documentos hecha desde la plataforma dirigida por el Sr. Julian Assange. Mientras que una importante parte de la opinión pública valora muy positivamente que hayan salido a la luz las informaciones como símbolo del deseo de transparencia, no faltan voces muy críticas con las filtraciones.

Hay que prestar atención, por el riesgo de banalización de la transparencia al que hemos hecho referencia más arriba, a uno de los argumentos que suelen emplear quienes critican a *Wikileaks*. Se ha llegado a afirmar que *Wikileaks* es tan revelador en el terreno político como el agujero de la cerradura respecto a la higiene íntima de las personas. Con estas palabras se ha querido expresar que muchas de las informaciones reveladas en realidad no han añadido nada al conocimiento previsible que la ciudadanía ya tiene de las miserias y debilidades de sus gobernantes, y que para conocer esto no había que pagar un precio tan alto como arriesgar la seguridad o la intimidad de personas o el de comprometer las relaciones internacionales entre estados.

Si se mira bien, el argumento es perverso toda vez que incurre en una grave confusión.

La perversidad está en dar por hecho que los resortes del poder se tienen que mover entre bastidores y que es perfectamente justificable un doble lenguaje por parte de los decisores públicos. Esto, implícitamente, está justificando la concepción tradicional de la conveniencia de los *arcana imperii*.

A lo expuesto se suma el error de confundir la parte por el todo. Una cosa son las informaciones declaradas secretas por ley y cuya protección resulta necesaria en una sociedad democrática, y otra muy diferente es el resto de información pública, sujeta a la regla general de accesibilidad.

Lo que sucedió con las filtraciones efectuadas por *Wikileaks* es que la información, originada en un hecho delictivo (la conducta de un soldado desleal), circuló sin ningún tipo de garantía ni control de autenticidad y, lo que es peor –a los efectos que ahora nos interesan–, sin discernir de ninguna forma la información que se tendría que haber mantenido secreta de la que no.

La confusión a la que nos referíamos, interesada o no, no puede servir en ningún caso de pretexto para cuestionar la conveniencia de la transparencia de los poderes públicos.

Un sistema de transparencia debe concebirse como una herramienta de valor inestimable al servicio de la democracia, y servir a los objetivos siguientes: evitar que el ejercicio del poder quede sustraído al conocimiento y eventual control; favorecer una mayor participación; y reforzar la confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

En este sentido, la transparencia nunca es peligrosa. El peligro, por el contrario, lo representan tanto las violaciones de la reserva legal de ciertas informaciones como la ocultación de aquellas otras informaciones que no estén protegidas por el secreto.

Posiblemente el fenómeno *Wikileaks* tenga la virtud de permitirnos extraer alguna lección.

Por un lado, cabe constatar que por un mecanismo de reacción, lo que parecía que tenía que ser un revulsivo para extender la transparencia, paradójicamente, está teniendo como efecto que el gobierno de los Estados Unidos se haya vuelto más hermético que antes.

Por otro, conviene tomar conciencia de lo complejo que es discernir con acierto los intereses legítimos en un estado democrático cuya protección exige mantener fuera de la luz pública las informaciones con ellos relacionadas de aquel otro interés general cuya satisfacción exige la divulgación del resto de informaciones públicas.

4.3.3. Principio de participación

Por último, el principio de participación, ya avanzado entre los anteriores, solo es posible con un amplio acceso a los documentos oficiales. En este sentido, se puede afirmar que el derecho de acceso a la información pública es un prerequisite de la participación⁵¹.

⁵¹ La exposición de motivos del Decreto 1172/2003 sobre Acceso a la información pública de la República Argentina se expresa en los siguientes términos: «El derecho de Acceso a la Información Pública es un prerequisite de la participación que permite controlar la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas al darle a éstas la posibilidad de conocer los contenidos de las decisiones que se toman día a día para ayudar a definir y sustentar lo propósitos para una mejor comunidad».

Ahora bien, la participación deseable es aquella que se dirige al gran público y no solo a una minoría de personas que, debido a su especialización o familiarización con determinados asuntos, tengan interés en intervenir.

La ley, por tanto, debe potenciar la obligación de los poderes públicos de llevar a cabo una política activa de información y simultáneamente de difusión entre la ciudadanía del derecho que la propia ley otorga a las personas.

Llegados a este punto, y habiendo enumerado los principios que fundamentan el derecho, conviene pasar a destacar los ítems o contenidos que, a juicio de la Oficina Antifraude de Cataluña, habría que tener en cuenta y, si procede, incorporar a cualquier ley de acceso a la información pública.

4.4. Titularidad del derecho de acceso

La solución más respetuosa con el principio democrático al que hemos hecho referencia y coherente con la fuerza expansiva del derecho de acceso pasa por reconocer la titularidad del mismo con carácter universal.

Por lo tanto, de acuerdo con el principio de máxima accesibilidad, la titularidad del derecho la tienen todas las personas, con independencia de su vinculación política de ciudadanía, nacionalidad o vecindad.

Este es el criterio adoptado por el Convenio del Consejo de Europa núm. 205 (artículo 2.1)⁵².

También el Proyecto de Ley del Estado alude a «todas las personas» como titulares del derecho (artículo 9).

La accesibilidad máxima aconseja, bien evitar el uso de términos cuyo significado pueda resultar restrictivo del derecho, como «ciudadanía», bien, cuando menos, definirlos de manera auténtica con una amplitud equivalente a la titularidad universal.

A continuación conviene efectuar las siguientes precisiones:

En primer lugar, la titularidad del derecho corresponde a las personas físicas y también a las personas jurídicas, entre las que se deben considerar incluidas

⁵² «Cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas».

tanto las de naturaleza jurídico-privada como las de naturaleza jurídico-pública, siempre y cuando estas actúen en posición equivalente a cómo lo haría un particular; de lo contrario, cuando la pretensión de acceso a la información pública resulte del ejercicio de potestades públicas, sería de aplicación el principio de colaboración interadministrativa.

En segundo lugar, el ejercicio del derecho no puede quedar condicionado a la demostración de ningún tipo de posición subjetiva cualificada, ni tampoco a la justificación de las razones que motivan la solicitud.

Así pues, la persona solicitante no tiene que invocar ningún tipo de interés para fundamentar su petición y conviene dejar claro que cualquier exigencia en ese sentido sería contraria al principio de accesibilidad máxima.

La motivación de la solicitud solo puede ser prevista con carácter potestativo y en ningún caso la ausencia de motivación puede, por sí sola, servir de fundamento para denegar el acceso a la información.

Naturalmente, tampoco resulta exigible fundamentar legalmente la solicitud invocando la propia ley de acceso a la información.

Por último, con respecto a la identificación de la persona solicitante, constatamos que tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012 (art. 14.2 y 26.3, respectivamente) exigen en todo caso que la solicitud permita tener constancia de la identidad de la persona solicitante.

El Convenio del Consejo de Europa núm. 205, sin embargo, expresa en su artículo 4.2) que «[l]as Partes pueden otorgar a los solicitantes el derecho a mantener su anonimato, excepto cuando la identificación sea esencial para procesar la petición».

Desde nuestra perspectiva, cabe considerar que existen supuestos en los que puede resultar razonable que no sea necesario identificarse. Sería el caso, por ejemplo, de información pública que, contraviniendo el mandato de transparencia activa, no han liberado las autoridades poniéndola a disposición del público en general. No sería razonable en los supuestos en los que la identificación que inicialmente no era exigible pase a serlo a consecuencia, precisamente, de un incumplimiento atribuible a la propia Administración.

Tampoco podemos pasar por algo las situaciones en las que la persona que quiere acceder a la información prefiere no identificarse, por hallarse por ejemplo pueden ser entornos relativamente reducidos o delimitados, o en los que existe una relación de sujeción especial entre la persona solicitante y la autoridad requerida y donde la solicitud puede resultar por sí misma reveladora de la

intención final del solicitante. Sería del todo lógico que dicha persona prefiriera proteger su posición ante el temor de alguna reacción basada en una eventual valoración negativa de la solicitud.

En consecuencia, y a fin de velar por que el contexto normativo no pueda resultar nunca desincentivador del ejercicio del derecho, esta Oficina estima deseable considerar la posibilidad del ejercicio anónimo del derecho.

4.5. Sujetos obligados

Si la titularidad del derecho de acceso (vertiente activa) la tienen «todas las personas», hace falta ahora determinar ante quién resulta exigible el derecho, a quién corresponde la obligación (vertiente pasiva).

Nuevamente, por aplicación del principio de accesibilidad máxima, la regla general tendría que ser la vinculación de la totalidad de los poderes públicos, con lo cual todo el sector público constituiría el ámbito de aplicación subjetivo de la ley.

Dicho de otro modo, de lo que se trata es de que ninguna autoridad, persona o institución que actúe como sujeto activo de poder, ya sea como integrante del sector público, ya sea actuando por cuenta de este, con independencia del poder del Estado en el que se encuadre –ejecutivo, legislativo o judicial– reste al margen de la aplicación de la ley de transparencia.

Es indudable que el primer poder vinculado tiene que ser el poder ejecutivo, es decir, los gobiernos y las administraciones públicas:

El gobierno y los órganos de gobierno estatal, autonómicos y locales⁵³.

Las administraciones públicas territoriales.

La administración institucional, es decir, cualesquier entidades públicas con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los anteriores.

Sociedades mercantiles de participación pública mayoritaria.

Universidades públicas.

⁵³ *Vid.* art. 4.1 a) Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Fundaciones del sector público.

Corporaciones de derecho público en lo relativo al ejercicio de funciones públicas y/o a las actividades sujetas a derecho administrativo.

Asociaciones y consorcios constituidos por los entes anteriores.

También se tienen que considerar necesariamente sujetos obligados otros entes del sector público:

Órganos con reconocimiento constitucional o estatutario.

Organismos de derecho público creados por ley con independencia funcional o dotados de una autonomía especial que tengan atribuidas funciones de regulación, supervisión y/o control.

En cuanto al Gobierno, y atendiendo a su doble dimensión administrativa y política, debemos concluir que su condición de sujeto obligado lo tiene que ser respecto a todas las funciones que la Constitución, los estatutos de autonomía o las leyes le atribuyen en cada caso⁵⁴.

No puede ser de otro modo, puesto que la voluntad política orienta las decisiones ejecutivas ulteriores, que son la principal manifestación del ejercicio del poder y, como tales, están necesariamente sujetas al control democrático y son plenamente accesibles.

Dicha acción política de los gobiernos puede concretarse, no solo a través de la aprobación de los correspondientes planes o programas de gobierno, sino también mediante acuerdos que incorporan todas las demás cuestiones sobre las que el gobierno ya ha deliberado y hay, por lo tanto, determinada voluntad. En todos los casos se hace necesaria e ineludible la máxima transparencia⁵⁵.

Consideración especial merecen los poderes legislativo y judicial. La sujeción de estos poderes públicos a las normas de acceso a la información ha recibido con frecuencia un tratamiento diferenciado.

La sujeción de la actividad materialmente administrativa de estos poderes a la norma reguladora del derecho de acceso a la información pública es pacífica.

Así, el Convenio del Consejo de Europa núm. 205 establece con claridad que el concepto de «autoridades públicas» obligadas cubre «los organismos legislativos

⁵⁴ En contraposición con lo que aquí se defiende, el Tribunal Supremo (Sala 3ª), en la reciente sentencia de 29.5.2012, fundamenta la denegación del acceso a la información, entre otras razones, en que la información solicitada no era tal sino que se acercaba mucho a una interpelación política.

⁵⁵ Vid. art. 68 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

y autoridades judiciales, en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia.».

En el mismo sentido, el Proyecto de Ley del Estado en su artículo 2.1 f), cuando enumera los sujetos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, establece: «El Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo.».

Debemos relacionar lo anterior con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que otorga competencia a este orden jurisdiccional para conocer los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial.

En concreto, y con respecto al poder judicial, conviene tener presente la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual estas materias administrativas encontrarían fácil encaje dentro del término «administración de la Administración de justicia»⁵⁶.

A pesar de que esta misma doctrina determina que el gobierno del poder judicial –es decir, las funciones encomendadas de forma exclusiva al Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con los artículos 107 y sig. de la LOPJ– no forma parte de la noción «administración de la Administración de justicia», nos parece incuestionable que también debe someterse al régimen general de acceso a la información pública.

⁵⁶ Vid. STC 56/1990, de 29 de marzo; STC 105/2000, de 13 de abril; STC 163/2012, de 20 de septiembre: «El art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la Administración de Justicia»; ello supone, en primer lugar, extremo este por nadie cuestionado, que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existe un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se coloca, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, “al servicio de la Administración de Justicia”, esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales. Ciertamente, deslindar los elementos básicos del autogobierno era una tarea difícil de realizar en el momento en que se aprobaron los Estatutos de Autonomía y eso explica que se dejara ese deslinde al legislador orgánico, sin perjuicio del hipotético control de constitucionalidad de este Tribunal. Lo que la cláusula subrogatoria supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y “administración de la Administración de Justicia”; las Comunidades Autónomas asumen así una competencia por remisión a ese deslinde, respetando como núcleo inaccesible el art. 149.1.5 de la Constitución, con la excepción de lo dispuesto en el art. 152.1, segundo párrafo».

Más dudas, en cambio, genera la sujeción del ejercicio de las funciones propiamente legislativas y jurisdiccionales a las obligaciones que el deber de transparencia impone.

En relación con las funciones legislativas, son varios los argumentos que nos permiten defender el sometimiento sin restricciones del poder legislativo como sujeto obligado:

El Convenio del Consejo de Europa núm. 205, en su artículo 1.2 ii), faculta los estados parte para declarar que la definición de «autoridades públicas» incluye, entre otros, «1) organismos legislativos en cuanto al resto de sus actividades;» (es decir, aquellas actividades distintas a las funciones administrativas).

Las funciones propiamente legislativas son incluidas sin excepción ni ninguna especificidad dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión («Reglamento de transparencia»). Esta inclusión viene perfectamente avalada tanto por el Considerando (6) del mismo Reglamento⁵⁷ como por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22.3.2011 que en el apartado 57 afirma: «La transparencia [...] contribuye a reforzar la democracia, al permitir que los ciudadanos controlen toda la información que ha constituido el fundamento de un acto legislativo. En efecto, la posibilidad de que los ciudadanos conozcan los fundamentos de la actividad legislativa es una condición del ejercicio efectivo, por aquéllos, de sus derechos democráticos [...]».

Con respecto al Parlamento de Cataluña, el artículo 98 de su Reglamento, como ya hemos tenido ocasión de exponer, establece como regla general el acceso a la tramitación y documentación parlamentarias con una formulación, por lo tanto, bastante amplia y clara.

A diferencia de lo que sucede con el poder judicial, que dispone de un régimen específico de transparencia, nuestro ordenamiento no contiene ninguna regulación relativa al acceso a la información pública en el seno de las funciones legislativas.

⁵⁷ «(6) [s]e debe proporcionar un mayor acceso a los documentos en los casos en que las instituciones actúen en su capacidad legislativa, incluso por delegación de poderes, al mismo tiempo que se preserva la eficacia de su procedimiento de toma de decisiones. Se debe dar acceso directo a dichos documentos en la mayor medida posible.»

La eficacia *erga omnes* de producto legislativo determina que los intereses en juego, en contraste con lo que sucede en el proceso judicial, estén estrechamente vinculados al interés general, lo cual legitima la ciudadanía a tener conocimiento sin restricciones. A esta misma idea responde el amplio régimen de acceso reconocido en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales por parte del Ejecutivo.

En última instancia, no debemos olvidar que la sujeción de las funciones legislativas a la plena transparencia se puede ver limitada, en el caso concreto, por la eventual concurrencia de cualquiera de las excepciones previstas a la ley de acceso a la información.

En lo relativo a las funciones jurisdiccionales, cabe preguntarse en qué medida deberán quedar sometidas a la regulación que, con carácter general, se haga de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, teniendo en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, cabe distinguir las informaciones relativas al gobierno del poder judicial y a la «administración de la Administración de justicia» –cuya necesaria inclusión en las obligaciones genéricas de transparencia y acceso a información pública ya hemos fundamentado anteriormente– de las demás informaciones que se generan durante el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia: la de administrar justicia (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). Entre estas últimas se incluyen, no solo las informaciones contenidas en las resoluciones judiciales –provisiones, interlocutorias y sentencias–, sino también las que se hallan contenidas en los informes y otros documentos incorporados en las actuaciones.

Respecto a esta información de la actividad jurisdiccional, el Convenio del Consejo de Europa núm. 205, en su artículo 1.2 ii), faculta los estados parte para declarar que la definición de «autoridades públicas» incluya, entre otros, «(2) autoridades judiciales en lo que concierne al resto de sus actividades;» (es decir, aquellas actividades distintas a las funciones administrativas).

Pese a esta facultad, en el ordenamiento español encontramos, en la materia de Administración de justicia, un régimen específico de transparencia, recogido en esencia en los artículos 232 y sig. de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

En este sentido, y habida cuenta de las características propias de la actividad jurisdiccional, en la medida en que se desarrolla en un entorno de conflicto entre intereses particulares (de dos partes), para poder acceder a información diversa

relativa al ejercicio de la actividad jurisdiccional, la LOPJ exige tener la condición de interesado⁵⁸. En términos idénticos se pronuncia el Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones, aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo General de Poder Judicial de 15.9.2005. De acuerdo con lo anterior, el artículo 2 del Proyecto de Ley del Estado no incluye dentro de su ámbito subjetivo de aplicación los juzgados y tribunales de justicia, ni siquiera en relación con su actividad administrativa.

A nuestro juicio, este tratamiento pasa por alto que en la información derivada de la actividad jurisdiccional se pueden distinguir dos momentos: el correspondiente al curso de tramitación de los procedimientos (art. 234 LOPJ) y el relativo a las informaciones contenidas en los procedimientos ya archivados (art. 235 y 266 LOPJ).

En relación con estos últimos, entendemos que tendrían que quedar sometidos al régimen general de acceso a la información pública (desvinculado de cualquier requisito de legitimación) y no al régimen especial previsto en los citados artículos 235 y 266 LOPJ, que exigen la concurrencia de un interés legítimo para el acceso.

En favor de esta tesis, y con carácter previo, se puede aducir que no resulta razonable que la publicidad activa oficial de resoluciones judiciales que efectúa el CENDOJ no incluya la totalidad de las sentencias. Si dicha publicidad activa se extendiera a la totalidad de resoluciones judiciales ya no habría que ejercer de manera singular el derecho de acceso.

A esto hay que añadir la perplejidad que causa que, por un lado, la Constitución garantice el derecho de todos a conocer el contenido de las sentencias proclamadas en audiencia pública, y por otra, solo aquellas personas que acrediten tener una «conexión concreta y singular» con el objeto de la sentencia («persona interesada»⁵⁹) puedan obtener el documento que contiene la resolución. Resulta del todo incoherente

⁵⁸ Así, el acceso a información sobre el estado de las actuaciones judiciales (en curso) debe facilitarse, con carácter general y salvo si han sido declaradas secretas, únicamente a los «interesados» (art. 234.1 LOPJ); en un sentido similar, se reconoce a las «las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo» el derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en las actuaciones, siempre y cuando no hayan sido declarados secretos ni reservados. (art. 234.2 LOPJ). Incluso una vez concluido el proceso judicial, solo los «interesados» tendrán derecho al acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado (art. 235 LOPJ). Por su parte, el artículo 266 LOPJ también restringe el acceso al texto de las sentencias judiciales a «cualquier interesado».

⁵⁹ STS, Sala 3ª, de 3.3.1995.

exigir *a posteriori* una condición de legitimación que no fue exigida en el momento previo de conocer la misma información, en audiencia pública. No parece que las capacidades individuales de retención memorística deban operar como factor de discriminación.

Por otro lado, hay que tener presente que gran parte de la información de procedimientos archivados ya ha sido liberada por aplicación de la normativa de reutilización de la información pública⁶⁰. Prueba de ello es la existencia de numerosas bases de datos jurídicas que ponen a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos judiciales.

En cualquier caso, la sujeción de las informaciones contenidas en expedientes judiciales concluidos al régimen de transparencia y acceso podrá ser modulada por las técnicas de acceso parcial o anonimización de datos cuando proceda, en particular, para preservar otros intereses dignos de protección, como los datos de carácter personal o las finalidades de resocialización y reinserción en el ámbito penal.

Por último, en lo relativo a las personas prestadoras/proveedoras de servicios públicos o que ejercen funciones públicas o potestades administrativas, parece existir cierto consenso en las diferentes iniciativas puestas en marcha recientemente en el territorio de España para regular el derecho de acceso a la información pública, en el sentido de incluirlas, por extensión, en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley de acceso a la información pública⁶¹. Conviene no obstante hacer alguna reflexión sobre cuál deberá ser la justificación de esta solución.

Tradicionalmente, el servicio público ha sido uno de los títulos habilitantes de la intervención de la Administración Pública, junto con la policía y el fomento.

Tras la idea de los servicios públicos⁶² se halla la exigencia democrática de que los poderes públicos aseguren la satisfacción de necesidades colectivas cuando el mercado, por sí solo, no puede garantizarla de acuerdo con el interés general.

⁶⁰ Vid. Reglamento 3/2010 sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales, aprobado por acuerdo del CGPJ de 28 de octubre.

⁶¹ Vid. apartado «Ámbito subjetivo de aplicación (sujeto pasivo del derecho)» del anexo.

⁶² El servicio público, como categoría jurídica, ha evolucionado en el tiempo, de tal forma que ha ido viendo reducido su ámbito de aplicación a medida que las necesidades sociales iban disminuyendo correlativamente con el aumento de la calidad de vida de las personas. Ha cambiado la forma en la que los poderes públicos, cumplen sus obligaciones para con los ciudadanos. Como afirma José Luís Meilán Gil, «[a]ctividades que durante muchos años se han realizado como auténticos servicios públicos se prestan hoy día sin necesidad de acudir a esta

El derecho comunitario utiliza la expresión «obligaciones de servicio público», entendiendo como tales las que específicamente pueden imponer los poderes públicos –tanto a escala nacional, regional como local– a los proveedores de los servicios de interés general, con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público⁶³.

La titularidad de los servicios públicos determina, por lo tanto, que los poderes públicos asuman la condición de garantes y últimos responsables de su prestación, así como del cumplimiento de los deberes y obligaciones que implica el ejercicio de cualquier actividad de interés público. Y entre estos deberes figura, indiscutiblemente, el de transparencia. Por eso, con independencia de que los servicios se gestionen directamente por el ente titular o de forma indirecta –a través de un contrato de gestión de servicio público o vía autorización administrativa–, los poderes públicos siguen manteniendo su condición de garantes, por lo que deben imponer a las personas encargadas de la gestión del servicio un deber específico de transparencia⁶⁴.

Para justificar esta exigencia de transparencia se puede aducir, no solo la necesidad de una protección adecuada de los consumidores y usuarios, sino también a que, a menudo, el prestador recibe compensaciones por el coste adicional que supone el cumplimiento de una misión de servicio público⁶⁵.

categoría jurídica». Sería el caso del suministro eléctrico, el sector del gas o el transporte ferroviario, actividades ahora desempeñadas por particulares en el contexto y con sujeción a las reglas del mercado, pero al mismo tiempo reguladas por el Estado, que puede imponer obligaciones ajenas al mercado, con o sin compensación.

⁶³ Entre las «obligaciones de servicio público» podemos mencionar: servicio universal; continuidad; calidad del servicio; asequibilidad; protección de los consumidores y usuarios; seguridad del suministro; acceso a redes e interconexión; pluralismo de los medios de comunicación.

⁶⁴ Como antecedente y ejemplo, se puede mencionar la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, así como la transparencia financiera de determinadas empresas (transpuesta en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia financiera). Esta norma comunitaria impone a determinadas empresas tanto públicas como privadas–encargadas de la gestión de servicios de interés económico general y que reciben financiación pública– ciertas obligaciones contables y de presentación periódica financiera ante la Comisión para que esta pueda garantizar que los estados no conceden a las empresas ayudas incompatibles con el mercado común.

⁶⁵ Estos sistemas de financiación pueden revestir diversas formas: compensación directa con cargo a los presupuestos públicos; contribuciones de los participantes en el mercado; derechos especiales y exclusivos; equiparación de tarifas; financiación solidaria y afiliación obligatoria. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM (2003) 270 final, 2003, punto 62.

El Convenio del Consejo de Europa núm. 205, en su artículo 1.2) i) incorpora a efectos de su aplicación dentro del concepto de «autoridades públicas», «3) las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa.»

Haciéndose eco de lo anterior, el Proyecto de Ley del Estado, en su artículo 3, obliga también a suministrar información a «[I]se personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas», así como, especialmente, «en los adjudicatarios de contratos del sector público, en los términos previstos en el respectivo contrato». En el mismo sentido, el artículo 2.2 de la Ley Foral 11/2012 integra explícitamente dentro de su ámbito de aplicación «las personas físicas y jurídicas, que prestan servicios públicos bajo su autoridad [...]».

En el derecho comparado, la solución mayoritaria apuesta por una inclusión en las leyes sobre acceso a la información pública de los sujetos privados que ejerzan funciones administrativas (Alemania, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Polonia, Portugal, Suecia o Suiza).

Sin embargo, hay que recordar que, según establecen expresamente los mencionados Proyecto de Ley del Estado y la Ley Foral 11/2012, este deber de facilitar información deberá cumplirlo el prestador del servicio público o el contratista ante la Administración, el organismo o el ente al que esté vinculado el sujeto privado. Así pues, parece que en el supuesto de que la información de interés público se halle en manos privadas, su acceso deberá instrumentalizarse a través del ente del sector público con el que se relacione el prestador privado o contratista.

En cualquier caso, los deberes de transparencia y acceso a informaciones de interés público únicamente se pueden exigir respecto a las actividades públicas desarrolladas por los sujetos privados, sin que las demás actividades (de interés privado) que puedan desarrollar puedan ser objeto de acceso, de acuerdo con la ley de transparencia y de acceso a información pública aplicable.

Incluso dejando aparte los prestadores de servicios públicos y contratistas, el Convenio del Consejo de Europa núm. 205 prevé la posibilidad que los estados parte puedan extender la noción de «autoridades públicas» a sujetos particulares que actúan financiados con fondos públicos [artículo 1. 2) a)]. También en estos casos el deber de facilitar información deberá cumplirlo el sujeto financiado con fondos públicos ante la Administración, el organismo o el ente al que esté vinculado el sujeto privado. Además, los deberes de transparencia y acceso a informaciones de interés público solo se podrán exigir, en estos casos, respecto a las actividades privadas financiadas con fondos

públicos, pero no respecto a otras actividades que el sujeto ejecute con fondos privados.

Son varios los estados de Europa que han reconocido, con distintas fórmulas, la necesidad de hacer transparente la actividad que, aun siendo ejecutada por sujetos privados, haya sido subvencionada o de alguna forma financiada con fondos públicos, como la República Checa o Estonia. En Dinamarca, en cambio, la aplicación de las normas sobre transparencia a sujetos que reciben fondos públicos depende del órgano o ministerio que en cada caso otorga la financiación⁶⁶.

En el estado español, por el contrario, se trata de una posibilidad que no ha tenido reflejo en ninguna de las iniciativas hasta ahora conocidas pero que entendemos que habría que valorar.

En nuestro entorno el sometimiento de partidos políticos y sindicatos a la ley de transparencia y acceso a la información pública suele ser objeto de polémica, en la medida en que buena parte de su financiación procede de fondos públicos.

Es indudable el trascendental papel de estas instituciones como canales de participación ciudadana en la vida política, económica y social. En el caso de los partidos políticos, además, se añade la circunstancia de que constituyen una de las principales fuentes de suministro de decisores públicos para las instituciones. La Constitución de 1978 reconoce expresamente el papel de los partidos y los sindicatos en los artículos 6 y 7, respectivamente.

Algunos estados como Lituania o Polonia someten a su régimen de transparencia a los partidos políticos que reciban financiación pública. Lo mismo dispone la regulación de Lituania con respecto a sindicatos, o Finlandia respecto a bancos que reciben fondos públicos.

Esto nos lleva al punto que desarrollaremos en el siguiente apartado relativo a qué información tiene que ser accesible, puesto que su carácter público quedará determinado, no solo por la naturaleza pública de quien la posee o la ha elaborado, sino, fundamentalmente, por el hecho de que su generación u obtención haya tenido como causa el ejercicio de funciones públicas.

⁶⁶ En cuanto a la información científica, la Recomendación de la Comisión de 17 de julio de 2012 insta a los estados miembros a adoptar políticas que favorezcan el acceso abierto y gratuito a las publicaciones científicas y a los datos derivados resultantes de la investigación financiada con fondos públicos.

4.6. Objeto del derecho

4.6.1. *¿Qué hay que entender por información pública?*

En la configuración del derecho de acceso, tan importante es saber a quién corresponde el derecho y ante quién se puede exigir como cuál es el objeto del derecho: ¿qué se entiende por información pública?

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la información como la comunicación o adquisición de conocimientos que permitan ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada.

Desde este punto de vista, habría que hacer una distinción entre los conceptos «datos», «información» y «conocimiento». La noción de información va mucho más allá de la mera obtención de datos aislados, desprovistas de valor *per se*. La información implica un mensaje que tenga sentido y que permita a su destinatario –haciendo valer su inteligencia y experiencia previas– adoptar decisiones con conocimiento de causa.

También en el derecho positivo podemos hallar referencias, aunque implícitas, a la noción de información o datos: «toda expresión en lenguaje oral, escrito, de imágenes o de sonidos, natural o codificado»⁶⁷.

Una vez establecido lo anterior, resulta esencial a los efectos del presente trabajo delimitar qué hay que entender por información pública.

Es información pública aquella que obra en poder de cualquiera de los sujetos obligados en los términos referidos en el apartado 4.5 anterior. Dicho de otro modo, es la información que estos tienen como poseedores, con independencia de que esta posesión sea directa o indirecta, de tal manera que un sujeto obligado poseerá información no solo cuando esta se encuentre dentro de su órbita material de actuación, sino también cuando quien la tenga materialmente sea un tercero particular vinculado a un sujeto obligado (por prestar un servicio público, desarrollar una actividad administrativa o recibir financiación pública) y el sujeto obligado conserve su control, responsabilidad y/o disposición.

A estos efectos, resulta pues indiferente cuál haya sido el origen, motivo o causa de la posesión, como lo demuestra el hecho de que la gran mayoría de normas

⁶⁷ Esta noción de información la podemos encontrar, con motivo de la definición del término «documento», en el artículo 19.1 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán.

que tienen por objeto la regulación del acceso a la información pública incluyan por igual supuestos en los que el sujeto obligado genera la información y otros en los que la recibe, obtiene o incorpora por diferentes vías.

En este sentido, puede resultar ilustrativo citar, entre otros, el artículo 1.2 b) del Convenio del Consejo de Europa núm. 205 sobre el acceso a los documentos públicos, que se refiere a «toda la información registrada (archivada) de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas»; el Reglamento 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, que en su artículo 2.3, a la hora de delimitar el ámbito de aplicación, alude a «todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea»; también el artículo 10 del Proyecto de Ley del Estado, que define «información pública» como «los contenidos o documentos que obren en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones»; o el artículo 3 d) de la Ley Foral 11/2012, que en su primer párrafo entiende por «información pública» «aquella información , cualquier que sea su soporte y forma de expresión, elaborada por la Administración Pública a que se refiere esta Ley Foral o que posean éstas [sic] [...]». Singularmente, su apartado segundo añade, en relación con informaciones procedentes de terceros, que «se considera, asimismo, información pública la que se encuentre bajo la autoría o propiedad de otras entidades o sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas o funciones públicas, siempre que haya sido generada u obtenida en el ejercicio de su actividad pública o para el ejercicio de una actividad pública.»

De aquí se desprende que la entrada de la información –con independencia de su procedencia– en la esfera posesoria de un sujeto obligado que actúe en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas resulta determinante a la hora de considerarla información de interés público, es decir, información pública⁶⁸.

El reconocimiento de una información como de interés público comporta necesariamente atribuir a todo el mundo la titularidad del derecho a conocerla.

⁶⁸ En efecto, puede resultar superfluo el complemento gramatical que se suele añadir al definir la información pública: «en ejercicio de sus funciones (públicas)», dado que no resulta concebible que los entes públicos actúen al margen de las competencias y funciones que tienen atribuidas por el ordenamiento jurídico y que justifican su razón de ser.

Por esta misma razón, en el entorno de los países anglosajones se habla, para referirse al derecho de acceso a la información pública, del «derecho a saber» (*right to know*).

El derecho a saber, a tener conocimiento de lo que es de «interés público» (esto es, de lo que permanece de una u otra forma vinculado o bajo el control de los sujetos obligados) radica, sin duda, en los principios democrático y de publicidad, transparencia y participación, que imponen el ejercicio visible del poder, de tal modo que lo público sea conocido por todo el mundo, con el fin de promover la participación informada de la ciudadanía en los asuntos competencia de los poderes públicos y al mismo tiempo permitir a todos conocer el funcionamiento de las instituciones para mejorar la calidad de los servicios públicos y ejercer el control necesario para prevenir los riesgos de corrupción.

Así pues, una interpretación favorable inspirada en el principio de accesibilidad máxima exige que el derecho de acceso recaiga sobre todas las informaciones de las que dispongan los poderes públicos; y esta regla general parece quedar amparada en el preámbulo del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, al afirmar que «todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos».

Desde el punto de vista terminológico, cabe señalar que algunos de los sistemas reguladores del derecho de acceso utilizan la expresión «documentos públicos» para referirse a la noción de información pública de la que estamos hablando. Es el caso, por ejemplo, del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, o el del Reglamento (CE) 1049/2001. Por consiguiente, y aunque en principio sea preferible la expresión «información pública», resulta igualmente válido el uso de la expresión «documentos públicos» si la correspondiente ley de acceso, al definirla de manera auténtica, le da el alcance adecuado⁶⁹.

4.6.2. Criterios de delimitación

Llegados a este punto, el siguiente paso consiste en delimitar qué datos deberán considerarse incluidos y qué datos deberán quedar excluidos del concepto de información pública.

⁶⁹ Este sería el caso del art. 1.2 b) del Convenio del Consejo de Europa núm. 205 (por cuanto equipara la noción de documento público a la de «toda la información»). Y, en el mismo sentido, *vid.* el concepto de documento empleado por el art. 3 del Reglamento (CE) 1049/2001, de 30 de mayo, de acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (se equipara a «todo contenido»).

Nos conviene preguntarnos si, a pesar de la noción amplia de «información pública», deben quedar excluidos de la misma determinadas datos aunque obren en posesión de los sujetos obligados.

La respuesta a esta pregunta es de capital importancia, ya que de ella puede depender en la práctica la efectividad del derecho. Se impone, pues, un ejercicio de delimitación abordable a partir de los distintos criterios según los cuales se puede clasificar la información pública.

1. Atendiendo a las fuentes u orígenes que puede tener la información pública:

Integran, indudablemente, la información pública los datos documentados, es decir, recogidos en cualquier tipo de soporte material. Es lo que se conoce por «documento» en sentido estricto. Esta noción es avalada por la definición que el artículo 19.1 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán, hace del término: «[a] los efectos de esta Ley, se entiende por documento toda expresión en lenguaje oral, escrito, de imágenes o de sonidos, natural o codificado, recogida en cualquier tipo de soporte material, y cualquier otra expresión gráfica que constituya un testimonio de las funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos, con exclusión de las obras de investigación o de creación».

Sin embargo, sí que ha planteado alguna duda la inclusión en el objeto del derecho de acceso de la información que no se halla materializada en un soporte. En estos casos, la obtención y la entrega posterior no son posibles de manera directa sino que requieren un trabajo previo, entendido como actividad de búsqueda, recopilación, sistematización, refundición, deducción o análisis de datos ya existentes, en poder de los sujetos obligados. Aquí encajarían las peticiones de información que puede estar dispersa por distintas bases de datos o que no tiene un origen o soporte concreto fácil o directamente identificable⁷⁰.

⁷⁰ La reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 29.5.2012, fundamenta la denegación del acceso a la información solicitada, entre otras razones, partiendo de la equiparación de la noción de información con la de un documento que, obrando en un archivo o registro, le preste soporte, con lo cual está negando que lo que se había solicitado fuera, en realidad, información pública. Ciertamente, aunque un pronunciamiento como este pueda encontrar amparo en la normativa aún vigente (Ley 30/1992), entendemos que resulta incompatible con la definición del objeto propio del derecho de acceso a la información, de acuerdo con lo que defendemos en este trabajo.

Para referirse a este supuesto, el Proyecto de Ley del Estado utiliza la expresión «acción previa de reelaboración»⁷¹. Cabe criticar que el término «reelaboración» resulta equívoco e indeterminado en tanto en cuanto la propia norma no lo define y no tiene precedente en las normas de acceso a la información pública. Sin embargo, lo más grave es que el artículo 15 del Proyecto trata como causa de inadmisión de las solicitudes de acceso las «relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración», lo que significa, en definitiva, negarle la condición de información pública y, por tanto, excluirla del derecho de acceso⁷².

Aun así, en opinión de la Oficina, la disponibilidad de la información para su entrega inmediata es una mera circunstancia de hecho no susceptible de alterar la naturaleza misma de la información: el hecho de que la información que obra en posesión de las autoridades públicas no esté recogida en un soporte documental no le hace perder en ningún caso su carácter de información pública, por lo que no debe constituir impedimento alguno para admitir la solicitud y darle trámite.

Resulta evidente que el cumplimiento por parte de los sujetos obligados del deber de facilitar la información en los términos que acabamos de definir lleva asociada una carga de trabajo.

Corresponderá, pues, a las autoridades públicas dotarse de los recursos y medios adecuados, de donde se desprende que las eventuales deficiencias que puedan afectar a la estructura burocrática, los recursos disponibles, las tecnologías de la información y, en definitiva, cualquier otra herramienta de gestión no deberán convertirse nunca en condicionantes de la efectividad del derecho de acceso a la información.

Incluso contando con una dotación suficiente de recursos deberá preverse que en determinados supuestos la respuesta a las solicitudes de información implique una carga de trabajo elevado. En estos casos hay que recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha consagrado como

⁷¹ Según la Real Academia Española de la Lengua, el término «reelaborar» quiere decir volver a elaborar algo. Por lo tanto, cuando reelaboramos, partimos de un documento ya elaborado que hay que modificar o rehacer de una u otra forma.

⁷² El anteproyecto que precedió al actual Proyecto de Ley del Estado preveía expresamente la reelaboración como exclusión del ejercicio del derecho de acceso. En sentido idéntico se manifestaba el anteproyecto de ley del anterior Gobierno del Estado del año 2011.

norma general que la cuantificación del volumen de trabajo no puede comportar impedir ni restringir el acceso⁷³.

En este sentido, tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012 recientemente aprobada, acertadamente, no prevén ninguna causa de exclusión ni de inadmisión en estos supuestos.

Sin embargo, en contraste con lo que hemos expuesto hasta ahora, sí que deberán considerarse excluidas del concepto de información pública las solicitudes de informaciones o de documentos «a la carta» o «a demanda», es decir, cuya facilitación al solicitante requeriría un trabajo completo de elaboración *ad hoc* por parte de la autoridad pública.

Partimos aquí de una situación que tiene en común con los supuestos de «reelaboración» la falta de un soporte que contenga la información requerida pero cuya obtención implica, a diferencia de aquellos, bien la propia generación de los datos, bien la incorporación de un valor hasta ahora inexistente. Nos referimos así a supuestos de peticiones de elaboración de informes o dictámenes, y a consultas jurídicas o requerimientos de asesoramiento concretos cuya satisfacción obligaría a la redacción *ex novo* de documentos no dispuestos previamente por la autoridad requerida⁷⁴.

La razón que justifica en última instancia la exclusión de las llamadas «solicitudes de información a la carta» radica en que el interés que las fundamenta es solo el particular de la persona solicitante, consistente en obtener un asesoramiento, orientación u opinión que no se corresponden con la *ratio* de los principios que inspiran la transparencia de los poderes públicos.

Con todo, quedarían al margen de la excepción y, por lo tanto, tendrían la consideración de objeto del derecho de acceso los supuestos de consultas u orientaciones establecidos tanto en la normativa general reguladora del procedimiento administrativo como en cualquiera de las leyes sectoriales.

2. En función del estado de los trabajos de elaboración de la información pública:

⁷³ Vid. Caso T-2/03, Verein für Konsumenteninformation (VKI) contra la Comisión, 13 de abril de 2005, relativo a una petición de consulta de un expediente de más de 47.000 páginas. Vid. también Caso T-42/05, Williams contra la Comisión, 10 de septiembre de 2008, § 85-86, relativo a una petición de acceso a todos los documentos preparatorios relacionados con la legislación de la UE sobre los organismos genéticamente modificados.

⁷⁴ El artículo 28 a) de la Ley Foral 11/2012, recoge expresamente este supuesto como causa de inadmisión.

Podemos constatar una tendencia generalizada, tanto normativa como doctrinal, a excluir del concepto de información pública, de forma genérica e incondicional, los datos o los documentos aún sin concluir –como los borradores– u otro material que se encuentre en curso o pendiente de elaboración.

El criterio más seguro para entender cuándo debe considerarse terminada una información es el hecho de que incorpore de manera auténtica la correspondiente declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo de la persona o personas responsables de su manifestación. La exigencia de autenticidad requiere, en cualquier caso, permitir identificar la autoría así como la fecha de la declaración⁷⁵.

Este criterio de selección encuentra fundamento en que podemos afirmar que la información inacabada, al no incorporar ninguna manifestación de expresión humana todavía perfeccionada, i es nformación inexistente y, por lo tanto, no resulta apta para cumplir una de las finalidades de interés público a las que responde el derecho de acceso a la información, como es la de conocer las razones de las decisiones y facilitar su eventual control.

Cuando los datos o informaciones, ateniéndonos al criterio que acabamos de describir y por las razones expuestas, no puedan considerarse todavía terminados, resulta razonable que la norma prevea que dichas informaciones resten al margen de revelación. Lo que no impide que, por razones de técnica normativa, sea preferible que se acuda a esta opción vía exclusión del propio concepto de información pública y que constituya, por tanto, una causa de inadmisión de las solicitudes de acceso.

Este es el tratamiento dispensado por el Proyecto de Ley del Estado, que utiliza al respecto en el artículo 15.1 a) la expresión «información que esté en curso de elaboración». Igualmente, la Ley Foral 11/2012, en el artículo 28, incluye entre las causas de inadmisión de las solicitudes de información «material en curso de elaboración o documentos o datos inconclusos». La Ley Foral 11/2012 introduce la exigencia de que cuando la denegación de acceso se fundamente en este supuesto de inadmisión, se informe a la persona solicitante sobre la unidad responsable de la preparación y del plazo previsible de elaboración.

Conviene volver a insistir, en este punto, en la idea de que la causa de inadmisión solo puede referirse a la elaboración u obtención de los datos solicitados y no del soporte material que eventualmente pueda contenerlos.

⁷⁵ En ese sentido, la Ley Foral 11/2012 define los datos inconclusos como «aquéllos sobre los que la Administración Pública esté todavía trabajando internamente y no se haya emitido ningún dictamen, informe o aprobación».

3. En función del carácter interno o externo que puede tener la información pública:

Partimos, aquí, del presupuesto de que la información ya ha sido obtenida o elaborada por un sujeto obligado y, por lo tanto, se encuentra a su disposición.

Cuando, por imperativo legal o por cualquier otra razón, la información haya sido generada u obtenida con vocación de ser conocida por la sociedad o por determinados destinatarios, lo que corresponda, hablamos de información de «carácter externo». En esos casos no resulta cuestionable el ejercicio del derecho de acceso.

Ahora bien, lo que suscita más controversia es si concurren o no razones de interés público para acceder a aquella otra información que, constituyendo un antecedente de la anterior, tenga carácter preparatorio, auxiliar o de apoyo, porque en tal caso la razón de su generación u obtención no era inicialmente su difusión sino que respondía a la necesidad o voluntad internas del sujeto obligado.

El Proyecto de Ley del Estado opta por inadmitir las solicitudes que tengan por objeto información interna, entendiendo por tal la «que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas» (artículo 15.1 b).

En sentido similar, el artículo 28 de la Ley Foral 11/2012 también incluye entre las causas de inadmisión de las solicitudes tanto la documentación preparatoria (letra e) como las comunicaciones internas (letra f), en este último caso siempre que «carezcan de relevancia pública o interés público».

Como se puede comprobar, la Ley Foral 11/2012 flexibiliza la exclusión del derecho de acceso a las comunicaciones internas, condicionándolo a que no haya ningún interés público preferente que justifique la difusión.

Según el criterio de la Oficina Antifraude, ninguna de estas soluciones es satisfactoria, dado que los efectos internos o externos con que ha sido obtenida o generada la información no alteran *per se* la naturaleza de información de interés público que puede haber en ambos casos.

Así pues, no tiene que ofrecer ninguna duda, en términos generales, la procedencia de ejercer el derecho de acceso en relación con los documentos

preparatorios o de carácter interno, como actas de reuniones, informes y comunicaciones internas⁷⁶ o notes preparatorias, entre otras.

En efecto, el posible carácter auxiliar o preparatorio de esta documentación –en la medida en que no implica el ejercicio de una función o actividad pública con efectos externos– no debe excluirla del derecho porque puede tener relevancia pública: el momento o la fase en que un documento o una información se incorporan en el *iter* decisorio no altera *per se* la naturaleza de la información, que seguirá siendo pública si reúne los requisitos antes analizados.

En este mismo sentido, el Síndic de Greuges⁷⁷ sostiene que « si bien parece lógico dejar fuera del derecho de acceso los documentos inacabados, los borradores sin forma de documento o la elaboración de información o documentos “a demanda”, es más discutible, desde una perspectiva del principio de transparencia democrática y rendición de cuentas, que deban quedar excluidos los informes y documentos preparatorios, las actas de reuniones deliberatorias y las comunicaciones internas, por el simple hecho de que se trata de una documentación auxiliar o preparatoria; es decir, porque no son en sí mismas una toma de decisión o un ejercicio de una función o actividad pública, sino actuaciones de apoyo o preparación de este ejercicio de función o toma de decisión.

Así pues, hay que alertar que promover una visión del derecho de acceso constreñida a lo que podría denominarse *documento final* supone una restricción del derecho de acceso que no estaría justificada o, cuando menos, no como restricción genérica para todos los casos»; « no definitiva, un informe o una nota preparatoria puede ser de interés público desde la perspectiva de la evaluación de la actuación pública, no debería quedar excluida de acceso sólo por este carácter auxiliar o no definitivo, sino que es preciso que el acceso –como cuando se trata de información definitiva– pueda comportar algún perjuicio a otros derechos o intereses y que la exclusión sea necesaria para su protección»⁷⁸.

Uno de los argumentos más esgrimidos contra la liberación de información de uso interno –en el sentido de que se halla inserta en un *iter* decisorio– afirma

⁷⁶ En lo relativo a las comunicaciones internas, conviene subrayar que solamente deben tener relevancia a efectos de resultar accesibles las que se hayan producido entre órganos, autoridades, cargos, funcionarios y otros empleados públicos con motivo u ocasión del ejercicio de funciones públicas.

⁷⁷ *Vid.* Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012.

⁷⁸ En lo relativo al tratamiento de las limitaciones al derecho de acceso para proteger otros derechos o intereses *vid.* apartado 4.7.

que facilitar el acceso a este tipo de documentos puede condicionar, comprometer o perjudicar gravemente el proceso de toma de decisiones, y afectar en consecuencia a su resultado.

Efectivamente, todo proceso de toma de decisiones puede ser concebido como un interés por proteger, por lo que es razonable que un acceso a informaciones que pueda perjudicar gravemente dicho proceso sea denegado en tanto en cuanto se considere dicho supuesto como una auténtica limitación o excepción al derecho de acceso.

Partiendo pues de que el legislador en materia de transparencia siempre tendrá la opción de decidir sobre la inclusión o no de esa limitación al derecho de acceso, hay una serie de consideraciones que le conviene tener presente:

1. La tutela o protección del proceso de toma de decisiones por la vía de configurarla como una limitación legal al derecho de acceso a la información pública tendrá carácter autónomo y transversal, porque tiene el potencial de afectar a cualquier materia, incluidas aquellas que hayan sido previstas legalmente como excepciones o limitaciones al derecho de acceso.
2. La limitación afectará principalmente a la información de uso interno.⁷⁹
3. La excepción deberá configurarse necesariamente con carácter relativo, es decir, sujeta por un lado al test del daño –habrá que verificar caso por caso y justificar de manera motivada que con la liberación de la información solicitada se perjudica gravemente el proceso de toma de decisión– y, por otro lado, al test de ponderación o proporcionalidad, según el cual, incluso constatando este daño, en el caso concreto puede resultar que la divulgación revista un interés público superior.

En este sentido, el Reglamento (CE) 1049/2001, en el que la información objeto de acceso es de gran amplitud e incluye documentos preparatorios y de uso interno, prevé como excepción (artículo 4.3) la denegación del acceso en lo relativo tanto a los documentos para uso interno de las instituciones relacionados con asuntos en los que estas todavía no han adoptado una decisión (párrafo 1º), como a los documentos que contengan opiniones para uso interno, incluso después de que se haya adoptado una decisión (párrafo 2º)⁸⁰. En ambos

⁷⁹ Precisamente por esta razón no desarrollamos su análisis en este punto, sin perjuicio de efectuar las oportunas remisiones cuando tratemos las limitaciones legales al derecho de acceso.

⁸⁰ De especial relevancia en la interpretación de este precepto es la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 22.3.2011. Se trata del caso *Acces Info Europe* contra Consejo UE. En el contexto de una iniciativa legislativa consistente en una propuesta de reglamento del Parlamento y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la

casos, sin embargo, el precepto exige como condición de la exclusión que la divulgación de estos documentos «perjudique gravemente el proceso de toma de decisiones».

El Proyecto de Ley del Estado parece, en apariencia, hacerse eco de esta limitación. Su artículo 11.1 k) prevé dentro de la relación de límites al derecho de acceso que este pueda ser restringido cuando el acceso suponga un perjuicio para «[l]a garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión».

Analizando a fondo el texto del Proyecto se desprende que el interés que realmente se protege con la limitación no es el proceso de toma de decisiones, sino un supuesto deber de confidencialidad o secreto que, según el tenor literal del precepto, parece atribuirse erróneamente a todo proceso decisorio.

Una formulación en estos términos, en cualquier caso, puede representar una amenaza grave para la efectiva consecución del deber de transparencia en la medida en que la confidencialidad o secreto no resultan predicables de la totalidad de los procesos decisorios.

Para no llegar a la interpretación absurda –que podría desprenderse de la literalidad de la norma– de que el gobierno estatal concibe como limitación al derecho de acceso precisamente el secreto o la confidencialidad, no nos queda sino interpretar, por el contrario, que dicho secreto o confidencialidad se predicen únicamente de los procesos decisorios en los que son expresamente impuestos por el ordenamiento jurídico, lo cual, a su vez, no deja de ser obvio, redundante y, en consecuencia, está de más⁸¹.

La eventual interpretación según la cual el gobierno estatal, en la redacción del mencionado precepto, tendría en mente tan solo los procesos decisorios de cariz político, nos conduce igualmente a su rechazo porque, como ya hemos

Comisión, la asociación demandante pretendió tener acceso a una nota que recogía las enmiendas y modificaciones a la propuesta sugeridas por varios estados miembros. El Consejo dio acceso parcial al documento, entregándolo todo excepto la parte que permitía identificar la autoría de las enmiendas y modificaciones. Este acceso parcial constituye la decisión impugnada. El Tribunal analiza con gran lucidez si en el caso concreto los argumentos del Consejo contrarios a hacer pública aquella parte del documento que identificaba los estados estaban debidamente justificados por perjudicar gravemente el proceso de toma de decisiones, tal como afirmaba el Consejo. La sentencia llega a la conclusión de que el Consejo aplicó indebidamente la excepción prevista en el artículo 4.3 párrafo 1º del Reglamento (CE) 1049/2001, dado que cuando las instituciones actúan en su capacidad legislativa debe reforzarse el acceso a los documentos, ya que la transparencia fortalece la democracia al permitir que la ciudadanía controle toda la información que ha constituido el fundamento de un acto legislativo y, en el caso concreto, el Consejo no ha conseguido probar el perjuicio que aducía.

⁸¹ *Vid.* en este sentido y como ejemplo, los comentarios efectuados en el apartado 3.4.2.1 del presente estudio al tratar la normativa de secretos oficiales.

fundamentado más arriba, en ningún caso el ámbito de decisión política tiene que quedar al margen del deber de transparencia a que se someten los poderes públicos.

4.7. Los límites al derecho de acceso

4.7.1. *Establecimiento de los límites*

Dado que el derecho de acceso a la información pública debe ser considerado la regla general o prevalente, cualquier ámbito de exclusión o limitación del derecho, en la medida en que comportará la denegación o desestimación parcial de la petición de acceso, tiene que quedar establecido de forma expresa y por una norma con rango de ley. El establecimiento y la configuración de cualquier excepción es un aspecto crítico en toda normativa sobre el acceso a la información pública, puesto que de ello dependerá, en última instancia, el contenido esencial del derecho.

En todo caso, conforme al artículo 3.1 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, la configuración del límite o excepción al derecho de acceso tiene que ser necesaria en una sociedad democrática por el interés público, y proporcional a la finalidad o interés que se pretenda proteger. En este sentido, el principio de proporcionalidad exige que las excepciones no superen los límites de lo adecuado y necesario para la consecución del objetivo perseguido (sentencia TJCE de 15 mayo de 1986).

De ahí que las limitaciones o excepciones previstas al derecho de acceso a la información deben ser motivadas y fundamentadas en razones siempre objetivas, con el fin de proteger intereses legítimos tanto públicos (seguridad nacional, seguridad pública, procedimientos judiciales, inspección, investigación o auditoría, o política económica y monetaria) como privados (intereses comerciales o protección de datos personales).

Todo ello nos lleva a señalar que la relación de restricciones legales al derecho de acceso debería ser cerrada, configurada como un *numerus clausus*, es decir, sin prever ninguna opción de incluir otras posibles supuestos no establecidos explícitamente en la norma legal; lo contrario supondría una imprecisión y, por lo tanto, una inseguridad jurídica peligrosa a la hora de hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública. Lo dicho implica la necesidad de evitar fórmulas genéricas en el establecimiento de limitaciones que aludan a «otros intereses protegidos» o a «otras informaciones previstas por la ley».

Así, por ejemplo, la Ley Foral 11/2012, sorprendentemente, prevé en el artículo 23.1 m) como excepción al derecho de acceso «toda aquella información protegida por normas con rango de ley». Entendemos que formulaciones como esta resultan improcedentes porque crean inseguridad jurídica, pueden vaciar de contenido el derecho de acceso y resultan contradictorias respecto al cambio de orientación que inspira el nuevo régimen legal que pretende extender la cultura de la transparencia como principio general, porque se mantendría en vigor disposiciones legales anteriores que podrían impedir la difusión de informaciones que, en cambio, conforme a la nueva regulación, correspondería liberar.

En la misma línea, hay que advertir sobre el riesgo de un eventual vaciado del contenido y eficacia del derecho de acceso a la información en el supuesto de que sus limitaciones o excepciones se definan mediante términos imprecisos o ambiguos. Es importante que en la aplicación futura que tengan que hacer los poderes públicos de las limitaciones el margen de discrecionalidad quede restringido el máximo posible.

Así pues, en la descripción de los supuestos exceptuados del derecho de acceso, la fórmula legal deberá emplear cuidadosamente un lenguaje claro y concreto que evite dudas interpretativas o equívocos, por lo cual es recomendable evitar el uso de conceptos jurídicos indeterminados o genéricos, que puedan prestarse a confusión.

En la práctica, a pesar de que la mayoría de regulaciones existentes sobre el acceso a la información establecen las limitaciones con suficiente concreción, en la medida en que se efectúan con remisión a materias sectoriales específicas – relaciones exteriores, seguridad pública, investigación criminal –, no faltan los supuestos en los que la descripción de la limitación resulta criticable. Es el caso, por ejemplo, de las excepciones descritas como «intereses económicos y comerciales» o «política económica», tanto en el propio Convenio del Consejo de Europa núm. 205 como en el Proyecto de Ley del Estado; o el de la noción «intereses particulares legítimos» empleada por el artículo 23.1 k) de la Ley Foral 11/2012.

Por otro lado, es recomendable evitar el establecimiento de límites y excepciones cuya finalidad sea la protección y salvaguarda de derechos y libertades públicas fundamentales, como los derechos de los menores. Habida cuenta de su relevancia y protección constitucionales, está claro que cualquier ordenamiento o sistema normativo, como la regulación del derecho de acceso a la información pública, los debe respetar estrictamente en todos los casos.

Por lo que respecta a los límites que puedan establecerse para proteger el proceso de toma de decisiones nos remitimos a lo expuesto en el apartado 4.6.

4.7.2. Interpretación

Es necesariamente un presupuesto de aplicación de toda norma, en este caso de la que prevea una excepción a la regla general de acceso determinar el sentido y el alcance de dicha excepción mediante la interpretación.

Hay que tener presente, a la hora de interpretar el alcance de cualquier limitación o excepción, que esta interpretación tiene que ser lo más restrictiva posible, para evitar el riesgo de vaciado del contenido y de la finalidad del derecho de acceso a la información, tal como se desprende de la jurisprudencia del TJCE⁸². La interpretación estricta y, en consecuencia, la imposibilidad de extender por analogía las limitaciones legalmente definidas a supuestos no estrictamente protegidos por dichas limitaciones disfruta también de un amplio reconocimiento institucional y doctrinal⁸³.

Para ilustrar la relevancia que puede llegar a tener la interpretación estricta veamos el ejemplo de alguna de las limitaciones que acabamos de mencionar en el apartado anterior, como las relativas a los intereses económicos y comerciales o a la política económica. El carácter excesivamente genérico e impreciso de estos términos podría conducir a incluir en el ámbito de las excepciones supuestos más que dudosos si, por ejemplo, se interpretara que entre los intereses comerciales hay aspectos no secretos de la actividad empresarial – distintos a los protegidos por la propiedad industrial o intelectual –, o que la política económica incluye todos aquellos otros aspectos no vinculados directamente en la definición de las grandes líneas estratégicas que comprometen el interés nacional.

4.7.3. Aplicación

La aplicación del derecho supone la realización de la norma en el caso concreto.

Esta labor corresponde a los sujetos obligados, mediante sus autoridades, órganos y personal, si procede, que están facultados para llevar a cabo un ejercicio de arbitrio, esto es, una apreciación o valoración de los hechos y circunstancias concurrentes en el supuesto particular.

⁸² Vid. Caso British American Tobacco International (Investments) Ltd contra la Comisión; también sentencia TJCE\2001\341.

⁸³ Vid. Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012, p. 31.

Si la norma contiene un régimen limitativo de un principio general –en el supuesto que nos ocupa, el derecho de acceso a la información pública–, corresponde al legislador definir los elementos de carácter reglado que condicionen o determinen la aplicación de las excepciones o límites.

Según el alcance que se dé a estos elementos de carácter reglado la doctrina distingue entre excepciones «absolutas» y excepciones «relativas»: las primeras se basan en la mera constatación del elemento del daño o menoscabo del interés protegido por la excepción, mientras que las segundas añaden a dicha constatación una exigencia de signo negativo: la ausencia de un interés público prevalente en la revelación de la información. Los diferentes instrumentos o herramientas disponibles para evaluar, en cada caso concreto, si procede el acceso solicitado –teniendo presente el principio de accesibilidad máxima– o bien prevalece el interés legítimo, público o privado, protegido por la excepción legal, pueden concretarse en los siguientes:

1. El test del daño: la liberación de la información debe comportar la existencia de riesgo de lesión sustancial de los intereses protegidos por la limitación.

La relación de las limitaciones al derecho de acceso a la información pública tiene que hacer referencia necesariamente a un «perjuicio», que se pueda causar como consecuencia de la divulgación, y con respecto a los objetos protegidos que se relacionen. En consecuencia, hay que condicionar la aplicación a la evaluación del daño que la difusión de información pueda suponer.

De ahí que los sujetos obligados a facilitar el acceso a la información pública deban proceder a una prueba del daño en el caso concreto, a la hora de aplicar algunos de los límites, un test que los permitirá tener el convencimiento de que la divulgación de información puede (o no) perjudicar el propósito de la excepción.

El test del daño obliga a la autoridad a: (i) establecer la naturaleza del menoscabo; (ii) identificar el perjuicio específico; y (iii) determinar la probabilidad de que el detrimento tenga lugar; de tal forma que, una vez determinado que el riesgo de menoscabo es real y específico, hay que evaluar el grado de probabilidad de que este riesgo se produzca.

De hecho, en cualquier tipo de límite o excepción al acceso tiene que haber siempre una valoración del daño o perjuicio, de tal forma que, si se establece que el acceso no es idóneo por causar un daño en el interés público o privado protegido por el límite, habrá que permitirlo (es decir, el acceso no podrá ser limitado).

En este sentido, el artículo 3.2 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205 establece que «el acceso en la información contenida en un documento oficial puede ser rechazado si puede o probablemente pueda dañar los intereses mencionados en el párrafo 1 [...] (relación de límites)».

2. El principio de ponderación de un interés público prevalente en la difusión: para la adecuada aplicación de una excepción se requiere que la lesión a los intereses protegidos por la misma sea mayor que el interés público de acceder a la información.

La doctrina⁸⁴ entiende que este test de la ponderación de un interés público en la difusión solo es exigible para las excepciones relativas, que, para su aplicación, y a diferencia de las absolutas (por ejemplo, las referentes a funciones soberanas del Estado: defensa, orden público, etc.) requieren, además el test del daño, efectuar, adicionalmente, un segundo estadio de evaluación consistente en ponderar si hay un interés público en la transparencia superior al interés público o privado que justifica la limitación, de tal forma que se constate la prevalencia en la difusión de la información pública solicitada.

Si se mira bien, la exigencia de este segundo «test de ponderación» propio de las excepciones relativas presupone situar en un plano de igualdad los intereses protegidos, por un lado por la transparencia y por el otro por la limitación al derecho de acceso. El legislador, en este caso, no muestra *ab initio* ninguna preferencia en favor de ninguno de los intereses en juego, por lo que el interés que finalmente tenga que prevalecer («superior») en el caso concreto quedará determinado por la ponderación.

Por contraste, en las excepciones que únicamente se someten al test del daño (las absolutas), los intereses protegidos se colocan, en una escala abstracta de intereses determinada por el legislador, en una posición superior respecto al interés público en la transparencia.

3. El transcurso del tiempo como factor limitador de la aplicación de las excepciones: el daño o menoscabo a los intereses que justifican el establecimiento de una excepción al derecho de acceso a la información pública no perdura indefinidamente en el tiempo. La protección a los intereses que justifican la excepción, consecuentemente, no tiene que ir más allá de la duración del daño.

⁸⁴ SAVINO, Mario, Informe Sigma núm. 46, *El acceso a la información pública en Europa*, OCDE, 2010.

En este sentido, el artículo 3.3 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205 insta a los estados parte a considerar la posibilidad de que cualquier excepción solo tenga efecto temporalmente, fijando unos plazos tras los cuales las limitaciones dejen de resultar aplicables.

4. En cualquier caso, y sin perjuicio de las herramientas mencionadas, el arbitrio inherente a las facultades de los sujetos obligados en la aplicación de las limitaciones deberá ser informado por el principio de proporcionalidad que, conforme a la jurisprudencia de la UE⁸⁵, implica una norma tripartita:

«[...] que las medidas adoptadas por la autoridad pública no superen los límites de lo apropiado y necesario para lograr los objetivos perseguidos (*idoneidad*); que, si hay que optar entre varias medidas apropiadas, hay que recurrir a la menos onerosa (*necesidad*), y que las desventajas causadas no deberán ser desproporcionadas respecto a los objetivos perseguidos (proporcionalidad *stricto sensu*). Estas tres subpruebas pueden ayudar los tribunales a impedir que las excepciones discrecionales se conviertan en un instrumento de la arbitrariedad en manos de las autoridades públicas.»⁸⁶

Ante el escenario que acabamos de dibujar sobre las herramientas de apoyo a la aplicación de las limitaciones al derecho de acceso, y dado que tanto la limitación temporal de las excepciones como la aplicación del principio genérico de proporcionalidad son de observancia necesaria en cualquier caso, el principal dilema que se le plantea a todo legislador en la materia es decidir la preferencia para configurar las excepciones como absolutas o como relativas o, en otras palabras, limitarse a exigir el test del daño o requerir también una ponderación de los intereses concurrentes.

No hay, pues, ningún interés de los que justifican las limitaciones que, por su naturaleza propia, deba ser protegido *per se* con carácter absoluto o relativo, en tanto en cuanto se trata de una opción discrecional de política legislativa.

A juicio de la Oficina, resultan preferibles las excepciones relativas. Estamos convencidos de la necesidad de efectuar el test de la ponderación del interés público prevalente ante cualquiera de las limitaciones que pueda establecer la

⁸⁵ *Ex multis*, Caso C-157/96 National Farmers' Union y otros (1998), § 60, Caso T- 211/02 Tideland Signal contra la Comisión (2002), § 39. Para una de las primeras aplicaciones del principio de proporcionalidad en temas relacionados con la transparencia, véase también Caso T-14/98 Hautala contra el Consejo (1999), § 85.

⁸⁶ SAVINO, Mario, Informe Sigma núm. 46, *El acceso a la información pública en Europa*, OCDE, 2010.

proposición normativa, ya que implica un marco de evaluación más completo y favorecedor de la divulgación.

Como fundamento de nuestra opinión, podemos citar el artículo 3.2 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, que establece, en relación a todos los límites que enumera, que, aunque el acceso pueda dañar los intereses protegidos por las excepciones, podrá no ser rechazado si «hay un interés público prevalente en la revelación». Esta formulación parecería indicar que todas las excepciones del Convenio tienen el carácter de relativas, dado que su aplicación concreta se tiene que ponderar contra un interés público superior.

En la misma línea, el Síndic de Greuges recomienda que, por regla general, las excepciones absolutas deban ser las mínimas, en favor del acceso a la información.

Tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012 parecen acoger el sistema de excepciones relativas.

4.7.4. Especial consideración a la protección de los datos personales como límite al derecho de acceso a la información pública

La experiencia práctica demuestra que la protección de la intimidad de las personas es la excepción más comúnmente alegada para denegar el acceso a la información ⁸⁷.

Ningún sistema jurídico de acceso a la información pública puede dejar de tener en cuenta el régimen de tutela de los datos de carácter personal, dada la potencial consideración de este como condicionante del efectivo ejercicio del derecho de acceso.

Nuestro sistema actualmente en vigor resulta particularmente vulnerable en este sentido porque, mientras que el derecho de protección de los datos de carácter personal ha sido reconocido por el legislador como un verdadero derecho fundamental (como desarrollo del mandato contenido en el artículo 18.4 de la Constitución, que reconoce la llamada «autodeterminación informativa»), el

⁸⁷ Apartado 4.2.6 párrafo primero, del Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012.

derecho de acceso a la información pública todavía no disfruta de una regulación específica más allá de la Ley 30/1992.

Sin embargo, este efecto también se constata en otros países, cuyos modelos sí que disponen de una regulación protectora del derecho de acceso en la línea de los estándares internacionales más avanzados y en los que por lo tanto la protección jurídica de uno y otro derecho resulta más equilibrada.

Como señala el informe extraordinario del Síndic de Greuges⁸⁸, «el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad no son derechos antagónicos, sino que deben ser vistos también como dos derechos complementarios que tienen por finalidad proteger las libertades personales ante los poderes públicos, y ambos están relacionados con la obligación de las autoridades públicas de rendir cuentas.»

Entre las finalidades de la transparencia de los poderes públicos, por lo tanto, tiene un papel destacado la rendición de cuentas, y el necesario empoderamiento a una ciudadanía «informada» para que pueda exigirla. Todo acto, conducta u omisión en los que se manifieste el ejercicio de los poderes públicos estará necesariamente vinculado, directa o indirectamente, a una conducta humana. De igual forma, el ejercicio de las atribuciones o potestades públicas normalmente recaerá o incidirá sobre los derechos, intereses o situaciones también de personas concretas.

Desde la perspectiva de la exigencia de responsabilidades solo son relevantes los comportamientos humanos atribuibles a personas físicas concretas cuya identificación solo es posible mediante datos de carácter personal. Lo mismo sucede si atendemos a la perspectiva del sujeto sobre el cual se proyecta el ejercicio del poder.

En consecuencia, resulta razonable deducir lo altamente probable que es que en buena parte de las solicitudes de acceso a la información se vean implicados datos de carácter personal, por lo que el tratamiento que el legislador dé al problema debería posibilitar, caso por caso, la ponderación y motivación de qué interés prevalece, teniendo presente que la normativa de protección de datos ha de suponer un apoyo activo y no un obstáculo para otros intereses legítimos básicos como lo es el de la transparencia⁸⁹.

⁸⁸ *Vid.* Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012.

⁸⁹ En este sentido, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, en las conclusiones del dictamen efectuado sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Un planteamiento global de la protección de los datos personales en la Unión Europea» (DOUE 2011/C 181/01, de

De hecho, ambas normativas –la de acceso a la información pública y la de protección de datos de carácter personal– tienen un denominador común en su carácter transversal, porque pueden afectar a todos los sectores regulados por el ordenamiento jurídico. Esta coincidencia exige que en la aplicación de ambos regímenes se eviten incoherencias.

El régimen de comunicación de los datos de carácter personal.

A los efectos de tratamiento/cesión, la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD) clasifica los datos de carácter personal estableciendo diferentes grados de protección en función del efecto en la intimidad o privacidad de la persona:

1. En términos generales, «[e]l tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado» (artículo 6.1 LOPD).

En cuanto al régimen de comunicación de datos de carácter personal, en el artículo 11 consagra, como regla general, el principio de indisponibilidad, con arreglo al cual toda revelación que contenga datos personales debe contar con el consentimiento previo de la persona interesada [en términos de la propia LOPD, la «persona física titular de los datos» (artículo 3 e)]⁹⁰.

Las excepciones a dicha regla general están previstas en el apartado segundo del mencionado artículo 11 de la LOPD. Entre ellas, conviene destacar la que dice que no se requiere el consentimiento «[c]uando la cesión está autorizada en una ley».

Esto implica que, sin por ello dejar de tener presentes los principios y garantías de la normativa de protección de datos personales, una ley –incluso con rango ordinario– que regule el derecho de acceso a la información podría exonerar de la exigencia del consentimiento de las personas titulares de los datos en determinados supuestos de cesión.

22.6.2011), afirma que «las disposiciones relativas a la protección de datos deben ofrecer, en la mayor medida posible, un apoyo activo en lugar de obstaculizar otros intereses legítimos (como la economía europea, la seguridad de las personas y la responsabilidad de los gobiernos).

⁹⁰ En este punto, hay que recordar que la propia LOPD, en el artículo 3, ofrece definiciones auténticas sobre que debe entenderse, a los efectos de dicha Ley, por «tratamiento» y por «cesión o comunicación». La letra c) del precepto dice, bajo el concepto «tratamiento de datos», «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias». A su vez, la letra i) contiene la siguiente definición: «Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos efectuada a una persona diferente del interesado».

2. Ahora bien, con una tutela más reforzada, el artículo 7 de la LOPD, trata los datos sensibles o «especialmente protegidos», dada su mayor incidencia en el interés por proteger (privacidad o intimidad). Estos datos son los referidos a i) la ideología, afiliación sindical, religión o creencias de las personas; ii) o bien en su origen racial, la salud y la vida sexual; iii) y a la comisión de infracciones penales o administrativas.

En relación con los datos referidos en i), el apartado segundo del artículo 7 requiere para su tratamiento el consentimiento expreso y por escrito de la persona afectada.

Con respecto a los datos de la letra ii), su tratamiento queda condicionado a lo que disponga una ley, o al consentimiento expreso.

En última instancia, los datos relativos a la comisión de infracciones «sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras».

3. A su vez, el apartado segundo del artículo 6 LOPD excluye de la necesidad de consentimiento para el tratamiento los datos de carácter personal que «se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias».

El tratamiento de los datos de carácter personal en las normas sobre acceso a la información pública

1. Parece indudable que facilitar datos de carácter personal asociados con la información que deba hacerse pública a consecuencia de una solicitud de información queda incluido en el contenido del concepto de «comunicación» en el sentido de los artículos 3 i) y 11 de la LOPD.

Asimismo, constituye una comunicación de datos, a estos efectos, la aparición de datos de carácter personal que pueda ir asociada a la información pública por difundir en virtud de la transparencia activa, puesto que se tiene que considerar como una difusión dirigida a una pluralidad indeterminada de destinatarios sin necesidad de una identificación previa.

En la medida en que el artículo 11.2 a) LOPD faculta al legislador ordinario a autorizar la cesión de datos prescindiendo del consentimiento de la persona interesada, la ley de transparencia y de acceso a la información puede tener este papel de norma habilitante.

Sin embargo, ni el Proyecto de Ley del Estado ni la Ley Foral 11/2012 han aprovechado esa posibilidad. Por el contrario, configuran la materia de

protección de datos personales como una limitación al derecho de acceso a la información pública.

En ambos casos, la excepción se tiene en cuenta en un precepto diferenciado de las demás limitaciones (artículos 12 y 24, respectivamente). Este tratamiento diferenciado puede fundamentarse en razones cualitativas, esto es, en la protección constitucional de los datos personales como derecho fundamental y en la existencia de un régimen legal *ad hoc* para su protección, o en la relevancia de los datos personales en términos cuantitativos, dados los numerosos conflictos que pueden presentarse entre el ejercicio del derecho de acceso y la tutela de la intimidad de las personas.

Es precisamente la especial protección que merece en nuestro ordenamiento todo lo relativo a los datos personales lo que ha motivado que los legisladores, en su labor de regular el ejercicio del derecho de acceso a información pública, hayan partido de la presunción del daño cuando entre los datos solicitados aparezcan datos personales: ante estos conflictos de derechos, la autoridad competente estará exenta de acreditar el «test del daño» que se requiere para la aplicación de cualquiera de las limitaciones al derecho de acceso.

Una vez presumido el daño, corresponde al legislador determinar si la aplicación de esta excepción requiere o no una ponderación posterior entre el interés en la protección de los datos personales en juego y el interés en la difusión de la información pública solicitada.

En este sentido, la inclusión de datos personales en la información pública requerida se configura claramente, a la manera de una regla general, como una excepción relativa en el caso del Proyecto de Ley del Estado, que en su artículo 12.4 exige una «previa ponderación suficientemente razonada».⁹¹

En cambio, en el artículo 24.4 de la Ley Foral 11/2012, el tratamiento de la excepción resulta dudoso, porque presenta las características propias de las limitaciones absolutas, en tanto en cuanto parece establecerse una prevalencia de la protección de datos personales sobre el derecho de acceso en caso de colisión entre ambos.⁹²

⁹¹ Artículo 12.4 del Proyecto de Ley del Estado: «Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal».

⁹² Artículo 24.4 de la Ley Foral 11/2012: «Prevalecerá la protección de los datos personales sobre el derecho de acceso a la información pública en los casos en que el órgano competente para

En opinión de la Oficina, ante la ausencia del consentimiento de la persona titular de datos personales –que no sean datos especialmente protegidos ni tampoco hagan referencia a la organización o actividad pública–, habrá que llevar a cabo no solo un análisis del daño o perjuicio (presumido por la ley), sino también otro ponderando ambos intereses en juego: el acceso a la información y la protección de los datos personales.

Nos mostramos, pues, favorables a tratar esta excepción como de carácter relativo resultante merecedora de la misma consideración y tratamiento que las demás excepciones al derecho de acceso, en la línea de lo que sugiere el artículo 3.2 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205.

2. En cuanto al tratamiento de los llamados datos sensibles, íntimos o especialmente protegidos (artículo 7 LOPD) en el Proyecto de Ley del Estado, constatamos que el artículo 12.2 reproduce idénticas consecuencias jurídicas que las indicadas respectivamente en los apartados 2 y 3 del artículo 7 de la LOPD sobre los datos que revelen ideología, afiliación sindical, religión y creencias, por un lado y origen racial, salud y vida sexual, por otro: el acceso (comunicación de datos) se puede autorizar en caso de consentimiento expreso y escrito del afectado, en el primer caso, y en los supuestos de consentimiento expreso del afectado o al amparo de una norma con rango de ley, en el segundo.

Navarra, por su parte, prevé un mismo tratamiento para todos los datos sensibles anteriormente referidos: en efecto, el artículo 24.2 de la Ley Foral 11/2012 prescribe el derecho de acceso cuando haya consentimiento expreso y por escrito del afectado que acompañe a la solicitud, o lo autorice alguna ley. Esta solución jurídica distinta respecto al régimen de protección de datos comporta ampliar a todos los datos sensibles el eventual papel habilitador de la ley para prescindir del consentimiento de la persona afectada, mientras que la LOPD restringe esta posibilidad a los datos sensibles previstos en el apartado 3 del artículo 7 (segunda categoría de datos sensibles). Se trata, pues, de una regulación que resulta más favorable al derecho de acceso y de aplicación preferente de la LOPD por ser una ley posterior y haber sido aprobada al amparo de la habilitación legal prevista en la propia LOPD.

Donde sí que coinciden el Proyecto de Ley del Estado y la Ley Foral 11/2012, en cambio, es en omitir toda referencia expresa a la tercera categoría de datos sensibles relativos a la comisión de infracciones (artículo 7.5 LOPD), cuyo

resolver considere que hay un conflicto de derechos en el que debe preservarse el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen».

tratamiento –reservado a las administraciones públicas– requiere habilitación mediante una norma. Ante este silencio, entendemos que el acceso a este tipo de datos personales solo se puede regir por las reglas generales previstas en el artículo 12.4 del Proyecto de Ley del Estado y en el artículo 24.4 de la Ley Foral 11/2012, anteriormente analizados.

La probabilidad efectiva de causación de un daño, como hemos expuesto más arriba, constituye una *conditio sine qua non* para la aplicación de cualquier limitación al derecho de acceso a la información pública. En el caso de la excepción debido a la protección de datos personales, este daño es presumido *iuris te de iure* por el propio legislador en atención al menoscabo que la propia revelación de datos puede causar a la persona interesada. La presunción, por lo tanto, también resulta predicable de los datos sensibles.

Cabe señalar que las normas sobre acceso antes citadas no prevén en relación con los datos especialmente protegidos un test de ponderación posterior, por lo que la aplicación de la limitación en estos supuestos no permite ningún tipo de valoración en el caso concreto, lo que la convierte *de facto* en una excepción absoluta «cualificada»: no admite ponderación y, además, se presume el daño.

Esta Oficina, sin embargo, considera oportuno configurar esta limitación con el mismo carácter de relativo que hemos defendido para los demás datos personales y, por extensión, para la generalidad de toda limitación al derecho de acceso.

Aun reconociendo que los datos especialmente protegidos merecen una tutela reforzada tal como se desprende de la regulación contenida en la LOPD, en algunos casos puede concurrir un interés público superior en su acceso que haría necesaria la ponderación.

Un ejemplo. Imaginemos –a efectos meramente dialécticos– la existencia de sospechas sobre el mal uso que pueda estarse haciendo de la bolsa de horas para actividades sindicales que las organizaciones sindicales tienen adjudicadas en función de la representatividad obtenida en una administración concreta. La distribución de dichas horas (crédito horario) es tarea del sindicato. Tratándose de horas retribuidas por la Administración resulta de interés general que el tiempo correspondiente a este crédito horario se dedique realmente a actividades propias del sindicato y no a otras cosas.

En un supuesto como el descrito, rendir cuentas sobre un eventual control deficiente por parte de la Administración pasaría, con mucha probabilidad, por la necesidad de acceder a datos personales especialmente protegidos sin los que resultaría imposible verificar la irregularidad.

3. En última instancia, en relación con los datos referidos al ejercicio de las funciones propias de los poderes públicos (a los que el artículo 6.2 LOPD se refiere con el término de «administraciones públicas») el régimen de protección de datos exceptúa del consentimiento de la persona interesada su tratamiento.

Tanto el Proyecto de Ley del Estado (artículo 12.3) como la Ley Foral 11/2012 (artículo 24.3) tienen por objeto regular el régimen de acceso a información relativa o vinculada directamente con la organización, funcionamiento y actividad pública del órgano o entidad al que se solicite en los casos en los que se contengan datos de carácter personal (información pública *stricto sensu*, como datos personales relativos a los servidores públicos, servicios públicos o la disposición de fondos públicos).⁹³

En apariencia, ambas normas parecen configurar en estos supuestos, y en virtud del artículo 6.2 LOPD antes citado o, incluso, de la facultad que el artículo 6.1 LOPD confiere a la ley, una habilitación conforme a la cual no hace falta consentimiento para el tratamiento de datos personales que tienen que ver o están vinculados al ejercicio de las funciones públicas. De este modo parecería deducirse que en esta materia rige, sin restricciones, el principio de publicidad y, por lo tanto, los datos personales no representarían una limitación al ejercicio del derecho de acceso⁹⁴.

Sin embargo, esta apariencia resulta desvirtuada cuando las dos normas condicionan la publicidad a la inexistencia de datos personales cuya protección tenga que prevalecer. Por lo tanto, ambas normas están introduciendo realmente un deber de ponderación entre los dos intereses, lo que convierte también en estos casos los datos personales en una limitación de carácter relativo.

Desde la perspectiva de la Oficina Antifraude, los datos de carácter personal a los que nos referimos en este punto no deberían representar ninguna limitación al ejercicio del derecho de acceso. Solo con carácter excepcional, y para los datos personales sensibles o especialmente protegidos, resulta admisible condicionar el acceso, pero en todo caso efectuando la previa ponderación de los intereses en juego. En este sentido, no consideramos suficientemente satisfactorio el

⁹³ No obstante, hay que precisar que el precepto citado restringe el ámbito de aplicación únicamente a datos personales «meramente identificativos» y excluye en consecuencia el resto de datos de carácter personal.

⁹⁴ Pese a este principio de publicidad, la Ley Foral 11/2012 exceptúa supuestos en los que se contengan datos personales que tengan la consideración de íntimos o afecten a la vida privada (datos sensibles).

tratamiento ofrecido ni por el Proyecto de Ley del Estado ni por la Ley Foral 11/2012.

En cambio, en derecho comparado, las leyes de acceso a la información de Canadá y de Irlanda optan para excluir del concepto de datos personales –a los efectos de la ley de acceso a la información– los datos de esta naturaleza vinculados a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos. Esta solución, entendemos, resulta más coherente, al tratar este tipo de informaciones personales equiparándolas al resto de información poseída u obtenida por los poderes públicos –ya que forman parte indisoluble de ellos– para fundamentarse en una ponderación de interés público especial o elevado en este tipo de información dado su papel determinante en el ejercicio del poder público.

También desde la doctrina científica, Guichot Reina⁹⁵ sostiene que «[u]na Ley que regule el derecho de acceso debería [...] establecer un principio de reserva de los datos íntimos (incluidos en todo caso los que la LOPD califica de “especialmente protegidos”) y de publicidad de los directamente relacionados con la organización, gestión y gasto administrativo (respecto a los cuales en muchos casos la normativa reguladora prevé, incluso, su publicidad oficial)»⁹⁶.

Justo es decir que, precisamente el interés especial de la ciudadanía por conocer la información de carácter público *stricto sensu* a que nos referimos justificaría que la misma fuera objeto de publicidad activa, esto es, por iniciativa propia de los sujetos obligados y previa a cualquier solicitud de acceso.

Por todo el expuesto, y como conclusión, desde esta Oficina entendemos que, pese a la importancia trascendental del asunto, no hay en realidad una auténtica necesidad de regular la protección de los derechos de los titulares de los datos de carácter personal de manera diferenciada a las demás limitaciones al derecho de acceso a la información, como lo demuestra el hecho de que tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012 acaban reproduciendo muchas de las previsiones que al respecto ya figuran en la LOPD.

Por ello convendría y bastaría con que la excepción que pretende tutelar los datos personales fuera incluida, como una más, en la relación de las limitaciones que

⁹⁵ GUICHOT REINA, Emilio, *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, 170/2011

⁹⁶ En un sentido similar, SAVINO, Mario, Informe Sigma núm. 46, *El acceso a la información pública en Europa*, OCDE, 2010.

prevea la ley reguladora del derecho de acceso a la información pública, tal como hace el Convenio del Consejo de Europa núm. 205, en su artículo 3, teniendo presente, además, como se ha apuntado antes, que todas las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben tener el carácter de relativas y, por lo tanto, su aplicación ha de pasar necesariamente por un test ponderativo.

A este fin y efecto, sugerimos una formulación del contenido de la excepción que debería hacer referencia a la información que contenga: «datos de carácter personal, con excepción de los que estén directamente vinculados con la organización, funcionamiento o actividad pública de los sujetos obligados, que serán públicos excepto cuando prevalezca sobre ellas un dato personal de especial protección».

4.7.5. El acceso parcial a la información pública solicitada

Previsto en el artículo 6.2 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, el acceso parcial, como manifestación del principio de proporcionalidad en la aplicación de los límites y excepciones al derecho de acceso a información pública, se convierte en otro de los instrumentos para ponderar el derecho con los límites a su ejercicio, como por ejemplo, la protección de la privacidad. De la misma forma, tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012 dedican sus artículos 13 y 25, respectivamente, a regular la figura del acceso parcial.

Generalmente, tal y como apunta el Síndic de Greuges⁹⁷, el acceso parcial a la información entra en juego en última instancia, cuando se concluye que el derecho a la privacidad (o cualquier otra de las limitaciones del derecho de acceso) no afecta a la totalidad de la información solicitada, de tal forma que únicamente impide conocer una parte de ella.

Esta opción de acceso a una parte de la documentación o de los datos de interés, con motivo de la convergencia parcial de alguna de las limitaciones o excepciones legalmente establecidas, puede ser materializada a través de varias técnicas, como los procedimientos de disociación o de anonimización de datos personales

⁹⁷ Vid. Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012.

[art. 3 f) LOPD], técnicas que permitirán así facilitar la información pública de forma que esta no pueda ser vinculada a ninguna persona física⁹⁸.

El Convenio del Consejo de Europa núm. 205 prevé la posibilidad de rechazar el acceso parcial tan solo en los supuestos en los que este acceso comporte una información «engañosa» o que «carece de sentido», o bien «supone una carga manifiestamente irrazonable» para la autoridad pública.

(i) Es destacable y a la vez loable que, en relación con estos motivos que permitirían denegar incluso un acceso parcial a la información solicitada, tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012 solo aluden a uno: el hecho de que la información resultante de la omisión de datos, como consecuencia de la aplicación de la limitación, resulte distorsionada o carezca de sentido⁹⁹.

(ii) En cualquier caso, conviene interpretar (de forma restrictiva) que la falta de razonabilidad de la carga o trabajo que puede implicar conceder un acceso parcial, al que se refiere el Convenio del Consejo de Europa núm. 205, no puede servir en ningún caso de excusa para denegar la totalidad del acceso: en este sentido, conviene aclarar que la carga que supondrían las técnicas de acceso parcial debería, ante todo, ser flagrante o evidente; también debería referirse, en sentido estricto, al trabajo de supresión de información, es decir, al eventual volumen excesivo de la información «por eliminar o elegir», pero en ningún caso al volumen o complejidad de la información inicialmente solicitada (objeto de la solicitud de acceso).

Sin embargo, hay que aclarar que la carga de prueba de la distorsión y, sobre todo, la «carga manifiestamente irrazonable» corresponde, en todo caso, a las autoridades públicas a las que se solicite el acceso. En este sentido, Mario Savino¹⁰⁰, para evitar un posible abuso en la denegación de un acceso parcial

⁹⁸ Vid. en este sentido el artículo 12.5 del Proyecto de Ley del Estado, que excluye la aplicación de las limitaciones referentes a los datos de carácter personal «si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas» o el artículo 25.2 de la Ley Foral 11/2012, que prevé, para el caso de que la información contenga datos personales, conceder el acceso «cuando se garantice de forma efectiva el carácter anónimo de la información, sin menoscabo del principio de transparencia que informa esta Ley Foral».

⁹⁹ El artículo 13 del Proyecto de Ley del Estado exceptúa la concesión de acceso parcial cuando la información resultante sea «distorsionada o que carezca de sentido». En la misma línea, el artículo 25.1 de la Ley Foral 11/2012 prevé el derecho de conceder el acceso parcial a la información solicitada que se halle afectada por alguna de las limitaciones, «siempre que sea posible» y «salvo que de ello resulte una información distorsionada, equívoca o carente de sentido».

¹⁰⁰ SAVINO, Mario, Informe Sigma núm. 46, *El acceso a la información pública en Europa*, OCDE, 2010.

motivado en una presunta carga excesiva a la hora de eliminar las partes de información que no se pueden revelar, afirma que esta denegación solo procede de forma excepcional, cuando se acredite por la autoridad que la carga «supera los límites de lo que puede ser razonablemente exigido», lo cual implica una adecuada ponderación, siendo la autoridad competente a quien corresponde la carga de probar la envergadura del trabajo por efectuar.

Asimismo, según el mismo informe, en caso de que el acceso parcial no sea posible, y antes de resolver la desestimación completa de la solicitud, la autoridad pública debe consultar al titular de los datos personales o intereses protegidos por la limitación, para obtener su consentimiento antes de rechazar la solicitud. Parece pues que se atribuye la carga de obtener el consentimiento a la autoridad pública, y no al interesado en el acceso a la información pública.

Añade el informe que la autoridad solo podrá finalmente rechazar el acceso parcial cuando previamente haya estudiado todas las posibles alternativas y «haya explicado en detalle en su decisión los motivos» de la denegación de acceso; obviamente, las resoluciones tanto estimatorias como denegatorias del acceso parcial tendrán que ser motivadas.

En cualquier caso, antes de otorgar el acceso parcial (y no solo en su denegación), sería conveniente que la autoridad competente concediera también el oportuno trámite de audiencia al solicitante de la información pública, entre otras razones, ante la eventualidad de que el acceso parcial ya no satisfaga el interés de su petición inicial. Por lo tanto, el trámite de audiencia a los interesados se hace necesario en cualquiera de los casos.

4.8. Garantías

El derecho de acceso a la información pública presenta un alto grado de vulnerabilidad, como lo demuestra tanto la experiencia en derecho comparado como la nuestra propia. Por ello es necesario que la propia ley reguladora del derecho de acceso a la información pública disponga de un régimen propio de tutela, con procedimientos y órganos específicos que garanticen la efectividad de su ejercicio.

4.8.1. *Garantías procedimentales*

4.8.1.1. La solicitud de acceso

Requisitos y contenido

El derecho de acceso a la información pública que no haya sido previamente objeto de publicidad activa solo podrá hacerse efectivo mediante la correspondiente solicitud para obtenerla, cuya presentación dará lugar al inicio del procedimiento para el ejercicio del derecho.

El principio de antiformalismo deberá estar presente en la regulación del derecho de acceso dado que «[l]as formalidades para realizar peticiones deberán limitarse a lo esencial para poder procesar la petición» (artículo 4.3 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205).

En virtud de este principio antiformalista, la solicitud debería poder hacerse oralmente sin perjuicio de que el empleado público deba hacer constar la solicitud por escrito o asistir a las personas que soliciten la información para que ellas lo hagan por escrito.

Respecto al contenido de las solicitudes, tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012 enumeran, en los artículos 14.2 y 26.3, respectivamente, los elementos que hay que incluir preceptivamente: identidad de la persona solicitante, información que se solicita y, finalmente, la información de contacto que posibilite los actos de comunicación con la persona solicitante.

Con carácter facultativo, en la solicitud se podrá indicar el formato en el que se desea recibir la información, así como las razones que motivan la solicitud.

En cuanto al requisito de identificación del solicitante, así como a la posibilidad de motivar la solicitud, nos remitimos a lo expuesto en el apartado 4.4 del presente estudio.

El artículo 5 1) del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, acerca del requisito de identificación de la información solicitada, prevé que: «La

autoridad pública ayudará al peticionario, tanto como razonablemente sea posible, a identificar el documento oficial solicitado». Este deber específico de asistencia, de hecho, ya queda establecido con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo (artículo 35 g de la Ley 30/1992 y artículo 21.2 de la Ley 26/2010), pero entendemos que en el ámbito del derecho a acceder a información pública, ante la probabilidad de que el ciudadano encuentre dificultades en la hora de identificar el propio objeto de su petición, adquiere especial relevancia.

El mandato de asistencia que el legislador dirige a los sujetos obligados puede manifestarse en diferentes etapas del procedimiento: en un primer momento, antes de la formulación de la solicitud y si así lo pide el interesado; pero también, en defecto de la petición de este último, cuando la solicitud ya ha sido presentada y el sujeto obligado considera necesario enmendarla, cuestión que trataremos en este mismo apartado.

Presentación de solicitudes

No siempre será posible para la persona solicitante determinar qué autoridad ha elaborado o posee la información solicitada. Además, la información puede obrar en poder de más de una autoridad o sujeto obligado. Esto determina que en ningún caso debe corresponder al solicitante de información la carga de dirigir su petición a la entidad o unidades administrativa concretas que la tiene.

Esta opinión es la única que respeta los principios de coordinación, interoperabilidad administrativa, antiformalismo del procedimiento administrativo, ventana única e *in dubio pro actione*, así como la normativa general en materia de solicitud administrativas (esto es, los artículos 38.4 de la Ley 30/1992 y los artículos 25 y 42 de la Ley 26/2010), según la cual las solicitudes pueden ser presentadas ante cualquier ente y órgano administrativo (con la excepción relativa de los entes locales de escasa población que no hayan suscrito un convenio al efecto).

En este sentido, hay que tener en cuenta el artículo 5.2) del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, que establece que «una petición para acceder en un documento oficial será atendida por cualquier autoridad pública poseedora del documento. Si la autoridad pública no tiene el documento oficial solicitado o si no está autorizada para tramitar esta petición, tendrá, cuando sea posible, que remitir la petición del solicitante a la autoridad pública competente».

Consecuentemente con lo que se acaba de exponer, hay que prever mecanismos de colaboración administrativa para garantizar la derivación de las solicitudes por parte de los entes y órganos administrativos en los que se hayan presentado a

los que efectivamente dispongan de la información. Cabe señalar en este punto que el plazo legal dentro del cual se tiene que resolver no debería verse afectado bajo ningún concepto por el hecho de dirigir la petición a un órgano diferente del que tiene la información, sino empezar a computar, en todo caso, al día siguiente del día en que la solicitud tenga entrada en el registro de este último¹⁰¹.

Nuevamente por el principio de antiformalismo conviene que la ley de acceso admita cualquier medio de presentación de las solicitudes que permita dejar constancia de su contenido. En especial los poderes públicos deben garantizar la posibilidad de que la ciudadanía opte por recurrir a medios electrónicos.

Enmienda de las solicitudes

Ante cualquier defecto que se pueda advertir con respecto a los requisitos y contenidos que necesariamente debe cumplir la solicitud (identificación de la información solicitada, contacto...), hay que prever, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, la obligación de la autoridad competente de formular un requerimiento al solicitante para concederle e indicarle un plazo de enmienda de su solicitud imprecisa o incompleta. En cualquier caso, también conviene prever que las autoridades deberán prestar a la persona interesada el debido asesoramiento para enmendar la solicitud.

Hay que tener en cuenta que, una vez transcurrido el plazo concedido sin que el interesado dé cumplimiento al trámite de enmienda, debe darse por desistida su solicitud, cuyo archivo no debe excluir el derecho a presentar una nueva solicitud. En cualquier caso, es esencial subrayar que el desistimiento y, por lo tanto, el archivo de la solicitud, requiere que la autoridad dicte una resolución expresa en este sentido, de acuerdo con lo que en derecho administrativo general se establece en el mencionado artículo 71¹⁰².

Inadmisión

Con carácter general, cuando nos referimos a los motivos de inadmisión nos referimos a aquellos supuestos que determinan que el procedimiento que debería conducir a la adopción de una decisión de fondo sobre el acceso no se llegue ni

¹⁰¹ Artículo 42.3 b) Ley 30/1992.

¹⁰² Tanto el artículo 16.2 del Proyecto de Ley del Estado como, con mayor precisión, el artículo 27 de la Ley Foral 11/2012 contienen una previsión en este sentido.

quiera a iniciar. En ese caso, corresponde a la autoridad competente dictar una resolución motivada de inadmisión, que no entrará en el fondo del asunto.

Este efecto radical de la inadmisión en el ejercicio del derecho de acceso obliga al legislador a fijar con especial atención los motivos que la justifiquen. A estos efectos, bajo ningún concepto podrá considerarse causa de inadmisión la aplicación de ninguna de las limitaciones o excepciones al derecho de acceso en tanto en cuanto su carácter relativo obliga a la autoridad pública a llevar a cabo un test de ponderación para el que será imprescindible entrar en el fondo del asunto.

El siguiente paso ha de ser determinar ante qué supuestos el sujeto obligado debería inadmitir la solicitud:

1. Consideramos sin la menor duda que se hallan en esta situación los supuestos de exclusión del concepto de información pública tratados anteriormente en el presente documento. Así, procedería la inadmisión tan solo en aquellos casos en los que con la solicitud se pretende obtener borradores o documentos no definitivos, o que significan la formulación de consultas jurídicas o peticiones de informes o dictámenes *ad hoc*.
2. El segundo motivo de inadmisión puede reconducirse a aquellos casos en los que, pese a haberse requerido el solicitante que enmendara la petición inicialmente formulada por razón o a causa de falta de la concreción necesaria para identificar la información que se solicita, la enmienda resulta insatisfactoria porque la información sigue estando formulada «de manera excesivamente general»¹⁰³.
3. I, como tercer supuesto de inadmisión, cabe referirnos a aquellas solicitudes que incurran en abuso del derecho [artículo 15 e) del Proyecto de Ley del Estado y 28 c) de la Ley Foral 11/2012], por no estar justificadas por la finalidad de transparencia a la que responde toda ley reguladora del derecho de acceso a la información pública.

La categoría general del abuso del derecho se toma prestada del derecho común. El artículo 7.2 del Código Civil de 1889, ubicado en su título preliminar, se refiere al abuso del derecho en los términos siguientes: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la

¹⁰³ El Convenio del Consejo de Europa núm. 205 en su artículo 5.5) i) faculta la inadmisión de una solicitud cuando «a pesar de la ayuda de la autoridad pública la petición sigue siendo demasiado vaga para permitir que el documento oficial sea identificado». El artículo 28 d) de la Ley Foral 11/2012 prevé en los mismos términos esta causa de inadmisión.

intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Así pues, la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, a la vista de su componente de gravamen o reprobación por parte del ordenamiento, debe tener carácter restrictivo. A tal efecto, la norma legal debería hacer el esfuerzo de concretar su alcance.

Así, el Convenio del Consejo de Europa núm. 205 [artículo 5.5) ii)] prevé que una petición pueda ser inadmitida cuando sea «manifiestamente irrazonable». En esta misma línea, la Ley Foral 11/2012 considera que procede acordar la inadmisión cuando las solicitudes «[s]e consideren abusivas por su carácter manifiestamente irrazonable o repetitivo.»

Por su parte, el Síndic de Greuges¹⁰⁴ aclara que un ejercicio abusivo del derecho debe implicar necesariamente «peticiones de acceso que son manifiestamente no razonables» o que comportan un bloqueo de la actividad ordinaria del ente; la carga de prueba respecto a esta situación de abuso correspondería a la autoridad que la invoca.

En cambio, a juicio de esta Oficina, la ley de acceso a la información nunca debería considerar como supuesto de inadmisión –como hacen tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012– el hecho de que la solicitud se haya dirigido a un órgano que no posee la información, con independencia de que se conozca o no cuál es el órgano competente (el poseedor de la información) y con independencia de la Administración o ente al cual pertenezca. En efecto, en virtud del artículo 38.4 de la Ley 30/1992 y de los principios de colaboración y cooperación interadministrativa, no corresponde al ciudadano la carga de tener que averiguar cuál es el órgano competente en cada caso ni tampoco de tener que dirigir la solicitud necesariamente a dicho órgano competente.

En cualquier caso y para concluir, la inadmisión debe ser objeto de la oportuna resolución motivada, que deberá notificarse a la persona interesada.

¹⁰⁴ Vid. Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012.

4.8.1.2. Trámite de audiencia a terceros

Tanto en cumplimiento de la normativa general reguladora de los procedimientos administrativos, como por su especial trascendencia en el ejercicio de derechos del ciudadano, como es el caso, la propuesta normativa reguladora del derecho de acceso a la información pública debería prever un trámite de audiencia a la persona interesada para permitirle, en cualquier caso, formular las alegaciones que estime pertinentes dentro de un plazo razonable, que deberá suspender el plazo para resolver. Precisamente teniendo en cuenta este efecto suspensivo, no conviene por una parte fijar un plazo superior a quince días hábiles¹⁰⁵, y se debe, por la otra, mantener informado de este trámite al solicitante.

El concepto de persona interesada incluye necesariamente, además de la persona solicitante de la información, los terceros cuyos derechos o intereses puedan resultar afectados por el acceso a la información. Así pues, el trámite de audiencia en el procedimiento administrativo tramitado tiene que ser concedido también a terceros identificados o identificables, que puedan resultar afectados.

La intervención del tercero tiene relevancia esencialmente en lo relativo a la aplicación de las limitaciones al derecho de acceso, en la medida en que mediante estas se protegen intereses ajenos a los del propio solicitante. Esto sucede, sobre todo, ante titulares de datos de carácter personal afectados por la difusión de información que se solicita, en tanto en cuanto su intervención puede ser determinante en el proceso de ponderación entre los derechos implicados (acceso a información y protección de datos). Así lo ha entendido Emilio Guichot¹⁰⁶, al considerar que la intervención del tercer titular de datos puede ser útil para valorar proporcionalmente la afectación que el acceso comportaría, si bien no tiene que ser un requisito decisivo para determinar el sentido de la resolución cuando hay otros elementos que permiten ponderar adecuadamente si hay que permitir o denegar el acceso.

A juicio de esta Oficina solo hay un supuesto en el que estaría justificado prescindir del trámite de audiencia. Nos referimos a los casos en los que el acceso a la información pueda afectar a derechos o intereses de un número tan elevado de personas que la concesión del trámite de audiencia a todas ellas haría inviable

¹⁰⁵ De forma orientativa, el artículo 84.2 de la Ley 30/1992 y el artículo 51.1 de la Ley 26/2010 prevén que el trámite de audiencia a las personas interesadas no supere los quince días. Tanto el Proyecto de Ley del Estado (artículo 16.3) como la Ley Foral 11/2012 (artículo 29.1) fijan e estos efectos un plazo de quince días.

¹⁰⁶ GUICHOT REINA, Emilio, *Jornadas sobre Acceso de Información y Transparencia*, mayo de 2010.

resolver la solicitud de acceso a la información en el plazo legal. Entendemos preferible que la ley de acceso prevea esta solución jurídica –que, en todo caso, no altera el desempeño de la debida ponderación previa a la resolución–en lugar de configurarla, como hace el artículo 15.1 f) del Proyecto de Ley del Estado, como una causa de inadmisión, lo cual es inaceptable porque supone la negación absoluta del derecho de acceso, en la medida en que impide entrar en el fondo del asunto.

El trámite de audiencia implica dar vista al tercero del expediente, aunque la Oficina considera recomendable que la identidad de la persona que formula la solicitud de información no sea revelada con ocasión del traslado y que permanezca oculta para el tercero. La razón es favorecer el acceso a la información pública retirando cualquier circunstancia que un potencial solicitante de información pudiera apreciar como obstáculo o peligro.

4.8.1.3. Resolución

Competencia para resolver

En el contexto normativo que nos rodea parece ser generalizada la solución que atribuye la competencia para decidir sobre el acceso, en cada solicitud presentada, a los órganos que poseen la información que se pide:

El Convenio del Consejo de Europa núm. 205, en la regulación de la tramitación de las solicitudes de acceso a los documentos públicos (artículo 5) dispone que «una petición para acceder a un documento oficial será atendida por cualquier autoridad pública poseedora del documento. Si la autoridad pública no tiene el documento oficial solicitado o si no está autorizada para tramitar esa petición, tendrá, cuando sea posible, que remitir la petición del solicitante a la autoridad pública competente.»

En el Proyecto de Ley del Estado, el artículo 14.1 prescribe que la solicitud tiene que ser dirigida «al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información»; en este mismo sentido, el artículo 16.1 explícitamente prescribe que cuando en una solicitud se pida información «que no obre en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente [...]».

La Ley Foral 11/2012 prevé también, en su artículo 26, que las solicitudes «deberán dirigirse a la unidad orgánica o entidad en cuyo poder se encuentre la información [...]». Sin embargo, el precepto va más allá y regula, solamente con respecto a las administraciones públicas, la

atribución específica de la competencia para resolver: primero indica que «se atribuye la competencia para resolver las solicitudes de información a los superiores jerárquicos de las unidades en cuyo poder se encuentre la misma, siempre que tengan atribuidas competencias resolutorias de conformidad con las distintas normas reguladoras de las estructuras orgánicas.»; además, el apartado segundo del artículo faculta a la administración pública a «reservarse la facultad de resolver las solicitudes de información pública que reciban las sociedades y fundaciones públicas, entidades de derechos público a ella vinculadas y las personas que ejerzan funciones públicas o potestades administrativas o presten servicios públicos bajo su autoridad. En tal caso, especificará los órganos de cada Departamento competentes para resolver estas solicitudes.»

Para que la ley de acceso pueda determinar los órganos o unidades administrativas competentes para dictar resolución en el procedimiento de solicitud de acceso a información pública, la norma tendrá que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, hace falta que la determinación de las competencias para resolver alcance a todos los entes que integran el ámbito subjetivo de aplicación de la propuesta normativa, y no solo a las autoridades sujetas a la misma que tengan el carácter de administración pública.

En cualquier caso, la determinación de los órganos competentes en el ámbito de la administración local, en universidades y en relación con los poderes legislativo y judicial, deberá respetar su autonomía.

En el supuesto de que la ley de acceso optara para configurar órganos o unidades *ad hoc* especializadas en la resolución de solicitudes de acceso a información pública, la propuesta normativa deberá ser minuciosa y determinar con exactitud el ámbito de actuación competencial mediante la concreción de sus funciones y competencias al respecto, conforme a criterios objetivos y claros.

Respecto a los entes privados a los que podría resultar aplicable la norma, hay que aclarar qué relaciones competenciales se establecerán entre estos sujetos y las autoridades públicas con las que se puedan vincular. La definición de estas relaciones tiene que explicar, en última instancia, por quién, cómo y en qué casos se resolverán las solicitudes de información pública cuando esta se halle en posesión de entes privados sujetos a la norma.

En este sentido, por citar un ejemplo, ya hemos comentado que el Proyecto de Ley del Estado concibe a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, no como sujetos obligados a la Ley, sino como «sujetos obligados a suministrar

información» a los sujetos obligados (artículo 3). De esta previsión se desprende que las personas o entes privados que tienen información de interés público tienen un mero papel instrumental en la concesión del acceso a los datos de que disponen, porque su función se limita a suministrar la información pública a la administración pública o ente público con los que se relacionen o se encuentren vinculados, siendo tan solo esos sujetos obligados los competentes para atender y resolver la solicitud de información.

Ya hemos aludido con anterioridad al hecho de que el apartado segundo del artículo 26 de la Ley Foral 11/2012, previendo una solución aproximada a la anterior, aunque de carácter potestativo, faculta a la Administración Pública a reservarse la competencia para resolver las solicitudes de información que reciba, entre otros, de las personas que ejerzan funciones públicas o potestades administrativas, o que presten servicios públicos bajo su autoridad.

El plazo para dictar resolución

El plazo para procesar la solicitud debe quedar legalmente establecido y ser expeditivo¹⁰⁷. En este sentido, el artículo 5.4 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, aunque no determina ningún plazo concreto, establece que la «petición de acceso a un documento oficial será atendida con prontitud. La decisión deberá ser resuelta, comunicada y ejecutada tan pronto como sea posible o dentro de un límite de tiempo razonable que ha sido especificado de antemano».

¹⁰⁷ El artículo 7 del Reglamento (CE) 1049/2001, de 30 de mayo, de acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión prevé un plazo de 15 días laborables; en Chile, la Ley núm. 20.285 sobre acceso a la información pública prevé un plazo de 20 días hábiles (art. 14).

En SAVINO, Mario, su Informe Sigma núm. 46, *El acceso a la información pública en Europa*, OCDE, 2010, Mario Savino entiende que la celeridad con que se tiene que resolver y notificar el derecho de acceso supone fijar un «plazo razonable», es decir, «que no tiene que superar los 30 días». En cambio, el Síndic de Greuges, en su Informe extraordinario de marzo de 2012, entiende que, para la efectividad del derecho de acceso, el plazo para resolver debería ser de 15 días.

Un mes es el plazo que prevé también el artículo 17.1 del Proyecto de Ley del Estado. A la Ley Foral 11/2012, el plazo genérico para resolver es de 15 días desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolverla [si bien puede ser prorrogado a un total de 30 días en función del volumen o la complejidad de la información, teniendo que informar en este caso al solicitante, en 10 días, de las razones de la ampliación del plazo (art. 30.1)].

En derecho comparado los plazos para resolver son variados, pero todos ellos breves: Estonia, 5 días; Portugal, 10 días; Finlandia, Polonia y Rep. Checa, 15 días; Eslovenia, Uruguay y Reino Unido, 20 días.

De acuerdo con lo que dispone la normativa administrativa general, el *dies a quo* del plazo para resolver debería ser el de la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente.

El establecimiento de un plazo inicial para la resolución no impide la posibilidad de prever, expresamente, una ampliación de dicho plazo en supuestos de especial dificultad. Estas prórrogas, en todo caso, tendrían que ser por periodos breves y específicos de tiempos, y otorgadas por razones objetivas, concretas y fijadas, como cuando la documentación es voluminosa o cuando su obtención requiere una investigación por parte de la autoridad¹⁰⁸. En todo caso, corresponde a la autoridad la carga de probar la realidad de estos motivos.

La decisión de prorrogar el plazo deberá ser adoptada siempre antes del vencimiento del plazo inicialmente previsto¹⁰⁹. Asimismo, es fundamental establecer un deber de notificar a la persona interesada tanto la decisión de prórroga como los motivos que la justifican.

El sentido de la resolución y los deberes de motivarla y notificarla

El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso tiene que culminar, necesariamente, con una resolución expresa por parte del sujeto obligado que decida sobre el acceso a la información pública solicitada con carácter definitivo (en términos de derecho administrativo, que agote la vía administrativa)¹¹⁰. En este sentido, los artículos 42 y 87 de la Ley 30/1992 y 53 de la Ley 26/2010 exigen siempre, para poner fin a un procedimiento administrativo, una resolución formal, teniendo en cuenta que la regla general es que la decisión debe ser escrita (artículo 55 Ley 30/1992).

La regla general debe ser la estimación de la solicitud, como ya se ha dicho, a pesar de que el contenido de la resolución podrá ser la desestimación parcial o

¹⁰⁸ Según SAVINO, Mario, Informe Sigma (OCDE) núm. 46, *El acceso a la información pública en Europa*, 2010, ería más recomendable referirse, como uno de los motivos de la prórroga, no tanto a la «complejidad de la información» sino a «dificultades a la hora de obtener la información solicitada», expresión más cuidadosa y razonada para motivar una prórroga (no a alude a una complejidad sustantiva de la información, cosa que no incide en su búsqueda y disposición).

¹⁰⁹ En este sentido, el Síndic de Greuges, Informe extraordinario, marzo de 2012, reconoce también la opción de ampliar el plazo a 15 días más por las mismas causas excepcionales que menciona el precepto, pero entiende que esta opción se tendría que comunicar al interesado «durante los primeros cinco días posteriores a la solicitud.»

¹¹⁰ A la hora de determinar las vías posibles de impugnación, resulta sumamente trascendente aclarar en este momento de la norma reguladora del derecho de acceso a la información pública, si la resolución que se dicte en cada caso agota o no la vía administrativa. A pesar de que esta es una opción del legislador, que esencialmente tendrá que atenerse al rango jerárquico de los órganos competentes para resolver, consideramos conveniente que la resolución que decide sobre el derecho de acceso agote la vía administrativa, y esto, tanto por razones de celeridad como, sobre todo, si se prevé una impugnación ante una autoridad independiente.

total, cuando se incurra en alguno de los supuestos fijados de limitación del derecho de acceso. Hay que plantear expresamente como eventuales contenidos resolutorios, en línea con lo que hemos señalado hasta ahora, la inadmisión de la solicitud (en los supuestos previstos al efecto) o su archivo, por desistimiento, en caso de ausencia de enmienda de la solicitud en el plazo concedido a tal efecto.

Es necesario, por la significación trascendental que comporta en términos de eficacia del ejercicio del derecho de acceso, prever expresamente que la resolución estimatoria (parcial o totalmente) debe implicar, en el mismo acto y momento de su notificación, el cumplimiento del deber de la autoridad competente de facilitar a la persona interesada efectivamente el acceso a la información solicitada¹¹¹.

El acceso inmediato a la información requerida, esto es, en el mismo momento de la notificación de la resolución estimatoria, podría ser exceptuado por la ley de acceso tan solo en determinados supuestos en los que se justifique suficientemente la necesidad de que el acceso efectivo a la información deba quedar aplazado a un momento posterior al de la notificación de la resolución, en consideración a determinadas circunstancias.

Un claro ejemplo serían los casos en los que la estimación del acceso se produzca por silencio positivo, en los cuales el acceso efectivo requerirá una petición expresa al efecto por parte del interesado, una vez producido el silencio.

Más dudas genera aceptar o no la opción de condicionar el acceso a la información pública solicitada a la firmeza de la resolución estimatoria en los supuestos en los que haya habido oposición de terceros afectados¹¹². Desde esta Oficina entendemos que la eventual oposición del tercero a la entrega de la información no puede condicionar, en ningún caso, la eficacia inmediata de la resolución que reconoce el

¹¹¹ En contra de esta inmediatez del acceso a la información, el artículo 31.1 de la Ley Foral 11/2012 determina que la resolución deberá indicar « y, cuando proceda, el plazo y las circunstancias del acceso, que deberán garantizar la efectividad del derecho y la integridad de la información en el menor plazo posible».

¹¹² Tanto el artículo 19.2 del Proyecto de Ley del Estado como el artículo 31.1, segundo párrafo, de la Ley Foral 11/2012 admiten en estos casos que el acceso a la información será efectivo únicamente cuando haya transcurrido el plazo para recurrir la resolución sin que el tercero que se opuso la haya impugnado o bien cuando, habiendo recurrido el tercero (en vía administrativa o contenciosa), el recurso haya sido resuelto confirmando el sentido estimatorio de la resolución impugnada.

acceso, total o parcialmente. Hacer depender el acceso (ya acordado por el órgano competente) de la eventual decisión de impugnación que pueda emprender un tercero, equivaldría a alterar de manera radical el principio de derecho administrativo que reconoce la eficacia inmediata de los actos. Así pues, esta solución en ningún caso se vería justificada desde la perspectiva de accesibilidad máxima que inspira la transparencia.

Resulta incuestionable que toda decisión denegatoria de acceso, bien respecto a la totalidad de la información requerida, bien respecto a una parte, debe estar debidamente motivada por la aplicación de alguno de los límites al derecho de acceso a la información, motivación que es exigible en el momento en el que la denegación significa un acto desfavorable o restrictivo del ejercicio de derechos subjetivos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 30/1992.

Prueba de ello es el artículo 5.6 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, al establecer que «[u]na autoridad pública que rechaza el acceso total o parcial en un documento oficial deberá dar las razones de la denegación. El solicitante tiene el derecho a recibir sobre su petición una justificación escrita de la denegación».

Solamente quedaría exceptuado el deber de motivar en los casos en los que en la resolución se hiciera constar que la indicación de la existencia (o no) de la información solicitada podría suponer incurrir en alguna de las limitaciones del derecho de acceso.

Al margen de lo anterior, tanto el Proyecto de Ley del Estado como la Ley Foral 11/2012 prevén, en sus artículos 17.2 y 31.2, respectivamente, y junto al deber de motivar la resolución denegatoria, la exigencia de motivación también de las resoluciones que conceden el acceso, si ha habido intervención de un tercero en el procedimiento, y de las resoluciones que, a pesar de conceder el acceso, prevén una forma o formato diferente al solicitado, si se tercia.

Para lograr la plena eficacia, la resolución debe ser notificada a los interesados dentro del plazo previsto para resolver «y notificar» la resolución.

Por personas «interesadas» hay que entender a estos efectos no solo el solicitante de la información sino también cualquier otra tercera persona cuyos derechos o intereses puedan resultar afectados ¹¹³.

¹¹³ Así lo entienden los artículos 17.1 del Proyecto de Ley del Estado (aunque exige que los terceros afectados hayan solicitado ser notificados) y el artículo 31.1 de la Ley Foral 11/2012.

Recordamos que los terceros titulares de intereses, por reunir esta condición, deben comparecer en el procedimiento antes de su finalización (artículo 31, Ley 30/1992).

La notificación ha de proporcionar a su vez información sobre las posibilidades de impugnación (órganos competentes para resolverlos y plazos para interponerlos), tal como prevé el artículo 58 de la Ley 30/1992, ya sea ante el órgano mismo que ha resuelto, ya sea una reclamación ante un órgano independiente o, en última instancia, ante los órganos jurisdiccionales.

La ausencia de respuesta: el silencio

La ausencia de respuesta a solicitudes de información de ciudadanos parece haber sido hasta el momento una práctica bastante común en países que han sido objeto de estudios de calidad en cuanto a la aplicación de sus respectivas leyes de acceso a la información.

En cualquier caso, y con carácter previo a la determinación legal del sentido del silencio, sería deseable que el procedimiento previera la obligatoriedad para las autoridades de contestar a las diversas solicitudes¹¹⁴, tal como hacen los artículos 42 de la Ley 30/1992 y 53 de la Ley 26/2010 en relación con el procedimiento administrativo común. De esta forma, la ausencia de respuesta podría ser considerada como una vulneración del derecho de acceso a la información y tendría que comportar sanciones para el servidor público encargado de difundir/aportar la información al solicitante¹¹⁵.

En los supuestos en que se infrinja la obligación de resolver dentro de plazo es cuando opera la figura del silencio, que puede ser positivo o negativo en función de la normativa particular de cada país.

Así pues, en el ámbito del derecho de acceso a la información pública, la correspondiente ley reguladora tiene que decantarse por una u otra opción.

La solución, lejos de resultar pacífica, ha sido con frecuencia objeto de discusión doctrinal¹¹⁶. Tampoco a nivel normativo hay unanimidad. Si bien es cierto que la

¹¹⁴ Vid. http://www.soros.org/initiatives/justice/articulos_publications/publications/transparencia_20060928/transparencia-silencio-2006.pdf

¹¹⁵ Vid. apartado 4.8.2.2. del presente estudio.

¹¹⁶ GUICHOT REINA, Emilio, en *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, 170/2011, se muestra partidario de que opere el silencio negativo. Los principales argumentos empleados por los defensores de esta solución son la salvaguarda de los bienes públicos y privados en juego y el hecho de que el silencio negativo puede tener la capacidad de desplazar la decisión a la autoridad de control.

mayoría de legislaciones sobre el derecho de acceso se inclinan por el silencio negativo, también lo es que algunos ordenamientos han acogido el sentido positivo del silencio como solución, como es el caso de la Ley Foral 11/2012 y la Ley núm. 18381 de acceso a la información pública de Uruguay. Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa núm. 205 no contiene ninguna referencia.

Desde la Oficina Antifraude entendemos que el sentido del silencio tendría que ser positivo. Fundamentamos esta opinión al amparo de varios argumentos:

En primer término, el sentido positivo del silencio contribuiría significativamente a la consecución del principio de máxima accesibilidad que inspira el derecho de acceso¹¹⁷.

En segundo lugar, el sentido positivo del silencio es la regla general que para los casos de ausencia de resolución expresa se prevé en los artículos 43 de la Ley 30/1992 y 54 de la Ley 26/2010.

Un tercer argumento radica en que la ausencia de resolución expresa determina la inexistencia de una ponderación entre los intereses en juego, por lo cual, a falta de una prevalencia ontológica a favor de uno de ellos, todos deberían colocarse a un mismo nivel. Según esto, no sería aceptable emplear el silencio negativo como herramienta de tutela de unos intereses (de los terceros) frente al interés por el acceso a la información pública. El silencio negativo, como ficción creada por el ordenamiento a efectos meramente impugnatorios, no constituye en ningún caso un acto administrativo y, en consecuencia, los poderes públicos no pueden aquí beneficiarse de la presunción de validez.

Tampoco podemos pasar por alto que el hecho de que se haya dado audiencia al tercer interesado implica una garantía de sus derechos o intereses, que ya se habrán tenido en cuenta durante el procedimiento.

También se podría añadir que la figura del silencio positivo parece encajar mejor cuando es el propio solicitante el que realiza la actividad.

¹¹⁷ *Vid.* Informe extraordinario del Síndic de Greuges, marzo de 2012.

4.8.1.4. La gratuidad en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública

La gratuidad es la mejor garantía de que la capacidad económica no constituye en ningún caso un impedimento para la efectividad del derecho. Sin embargo, puede ser razonable prever cierta repercusión económica en función de las circunstancias¹¹⁸.

En este sentido puede resultar de utilidad, con finalidad de concienciación, la previsión de hacer explícito a la persona solicitante de información el coste de su facilitación.

Convendría prever por tanto la gratuidad de forma genérica, sin mayor concreción, si bien en última instancia podría ser aceptable la posibilidad de que se facultara a la autoridad a exigir una contraprestación económica a la ciudadanía, en los términos previstos en la normativa de tasas y precios públicos aplicable, únicamente en el caso de tener que expedir copias de los documentos originales, o bien, si se tercia, en el caso de necesidad de transposición de los formatos originales disponibles.

Ambos supuestos en los que se exceptúa el principio de gratuidad aparecen recogidos tanto en el artículo 19.4 del Proyecto de Ley del Estado como en el artículo 33.3 de la Ley Foral 11/2012, que determina que «la expedición de copias y la transposición a formatos diferentes al original en que se contenga la información podrá someterse al pago de una cantidad». La Ley Foral 11/2012, además, en el apartado 1 del artículo citado concreta tres supuestos en los que no es necesaria la expedición de copias y el acceso a la información no genera ningún coste para el ciudadano: información accesible a través de la transparencia activa, el examen *in situ* y la entrega mediante sistema electrónico.

Por el contrario, el artículo 7.2 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205 solo tiene en cuenta la primera de las excepciones (poder cobrar honorarios por una copia), quizás porque entiende que la transposición del formato original constituye un coste asumible por los

¹¹⁸ A modo de ejemplo, el art. 10 Reglamento (CE) 1049/2001, de 30 de mayo, de acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, prevé que la obtención de copias en un número inferior a 20 páginas de formato DIN A4 es gratuita. El Parlamento Europeo, a su vez, establece en la Reglamentación relativa al acceso del público a sus documentos que «si el volumen de los documentos solicitados supera las veinte páginas, se podrá cobrar al solicitante una tasa de 0,10 euros por página más los gastos de portes. Los gastos correspondientes a otros soportes serán decididos en cada caso, sin que puedan exceder de un importe razonable.»

propios sujetos obligados en el cumplimiento de su deber de facilitar el acceso a la información pública. En buena lógica, tampoco puede recaer en el ciudadano el coste que pueda derivarse de los eventuales trabajos de reelaboración que tengan que llevar a cabo los sujetos obligados para dar acceso a la información solicitada.

En todo caso, y en virtud del principio de equidad y justicia material, consideramos deseable que la norma prevea una exención al abono de contraprestación cuando el número de copias sea reducido o el solicitante sea una persona con recursos limitados.

En cualquiera de los casos, y para evitar un efecto restrictivo o disuasivo en el ejercicio del derecho de acceso, la finalidad de las excepciones a la gratuidad debe limitarse estrictamente a repercutir el coste real del servicio de acceso a la información solicitada, coste que actuaría así como un umbral máximo de las posibles exacciones exigibles.

En esta línea, el apartado segundo del artículo 7 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205 exige que los importes por las copias deberán ser «razonables [y no exceder] los costes reales de la reproducción y de la entrega del documento.»

En términos de garantía y seguridad jurídica, el artículo 7.2 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205 insiste expresamente en el hecho de que las tarifas aplicables «deberán estar publicadas». De hecho, esta publicidad encuentra ya amparo en nuestro ordenamiento, no solo en las propias leyes sobre derecho de acceso a la información¹¹⁹, sino también en el ordenamiento tributario vigente.

4.8.2. Garantías sustantivas

4.8.2.1. Autoridad de tutela

Podríamos afirmar que la especial vulnerabilidad del derecho de acceso a la información pública a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos más arriba traslada a los poderes públicos la responsabilidad derivada de un deber específico de cuidado o tuición.

¹¹⁹ Véase en este sentido, entre otros, lo que dispone el artículo 33.4 de la Ley Foral 11/2012, que dirige a los órganos y entes que posean la información pública el mandato de publicar y poner a disposición de los solicitantes la lista de tasas y precios que sean aplicables.

Esto significa que para la adecuada tutela del derecho ejercido una vez haya sido tomada una decisión restrictiva por parte del sujeto obligado, es conveniente que el legislador diseñe algún mecanismo de control que aporte garantías reforzadas tendentes al aseguramiento de la correcta aplicación de la ley de acceso. Todo esto sin perjuicio, naturalmente, de la tutela judicial ulterior ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

La atribución a autoridades de tutela de la función de velar por la aplicación de la ley de acceso a la información ha sido una tendencia en los últimos años, y no solo en el continente europeo, sino también en otros estados donde la cultura de transparencia ha logrado cierta envergadura, como Chile o México.

1. Modelos de tutela existentes

Un análisis comparado internacional nos permite constatar la existencia de varios modelos para asegurar la protección del derecho de acceso a la información pública:

- Sistema de tribunales administrativos
- *Ombudsmen*
- Sistema de arbitraje
- Combinaciones de los anteriores

1. Tribunales administrativos

En su estado puro, este modelo se corresponde con la asunción de las funciones de tutela por parte de órganos administrativos y que, por lo tanto, se integran en la estructura jerárquica de una administración pública.

Su *ratio* se fundamenta en identificar las funciones de tutela con la atribución de una competencia para resolver, en vía administrativa: la impugnación de la resolución denegatoria (total o parcial) de acceso a información pública. Nos referimos al hecho de que, en estos casos, la ley de transparencia crea una vía de impugnación especial debido a la materia y, por lo tanto, de acuerdo con los artículos 107.2 de la Ley 30/1992 y 79 de la Ley 26/2010, sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios¹²⁰.

¹²⁰ «Artículo 79. *Sustitución de los recursos administrativos*

1. Los recursos de alzada y el potestativo de reposición pueden ser sustituidos, en los supuestos establecidos por una ley, por otros procedimientos de impugnación y reclamación, conciliación, mediación y arbitraje ante un órgano colegiado no sometido a instrucciones jerárquicas. Quedan excluidos del procedimiento de arbitraje los recursos de reposición respecto a los cuales el órgano competente para resolver es el presidente o presidenta de la Generalidad o el Gobierno.

Es también característica de este modelo sustitutivo la especialización del ente u órgano en el ámbito material correspondiente –en el supuesto que nos ocupa, el acceso a la información pública– así como la no sumisión de este a ninguna instrucción jerárquica.

Como recurso especial, pues, constituye el canal de impugnación que hay que ejercer cuando la persona solicitante de información pretenda recurrir la denegación de información, por lo que la garantía de tutela del ejercicio del derecho de acceso se concreta, en este modelo, en la revisión de un acto administrativo.

Asimismo, la resolución del recurso especial tiene plena fuerza vinculante y constituye, a su vez, un acto resolutorio que representa la última palabra de la Administración.

En el modelo que ahora examinamos tenemos que distinguir dos variantes en función de si la resolución denegatoria de información objeto de impugnación agota o no la vía administrativa. En el primer caso, el recurso especial sustituirá el recurso ordinario potestativo de reposición (artículos 114 y 115 Ley 30/1992); en el segundo, en cambio, sustituirá el recurso ordinario de alzada (artículos 116 y 117 Ley 30/1992).

Entre los puntos fuertes de esta modalidad de tutela, conviene destacar: (i) la propia ejecutividad de la decisión que, siendo un acto administrativo, goza de la presunción de validez y del principio de eficacia inmediata; (ii) la finalidad de este medio impugnatorio, que consiste en brindar a la persona interesada la posibilidad de instar la reconsideración del acto; (iii) la especialización requerida a causa de la materia; (iv) y, sobre todo, la autonomía funcional del ente competente para resolver el recurso, derivada de la prohibición de recibir instrucciones de los superiores jerárquicos.

El modelo tiene la potencialidad de evitar el riesgo del automatismo confirmatorio propio de la vía administrativa ordinaria, dada la independencia a la que nos acabamos de referir. De aquí resulta razonable deducir que pueden resolverse positivamente, en «segunda instancia administrativa» un mayor número de demandas de información, con la consecuente reducción de litigiosidad en vía jurisdiccional y librando así a los interesados de la carga de la formalidad y coste de un procedimiento judicial y, lo que es más importante,

2. La ley que sustituye los recursos debe establecer el procedimiento administrativo de actuación, la composición y el funcionamiento del órgano colegiado, de conformidad con los principios, garantías y plazos que establece la legislación básica.»

satisfaciendo de manera eficiente la revisión de la decisión mediante una rápida resolución del recurso y, por lo tanto, el acceso a la información¹²¹.

No obstante, hay que advertir que la implementación de este modelo por una ley de acceso a la información pública y la correspondiente atribución a un ente u organismo de la competencia resolutoria pasa necesariamente por respetar el marco jurídico mencionado y, en consecuencia, implica: i) conferirle una potestad exclusivamente administrativa de reconsideración de actos previos, y ii) contar con una composición colegiada¹²². Estos requerimientos pueden pasar a ser un inconveniente para que determinadas instituciones puedan encontrar encaje.

Un ejemplo representativo de este modelo es la reclamación ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, regulada en el artículo 21 del Proyecto de Ley del Estado, que se configura, en efecto, a guisa de recurso administrativo especial de carácter potestativo en materia de derecho de acceso y, por lo tanto, sustitutivo del recurso ordinario de reposición:

Conforme al artículo 17.5 del Proyecto de Ley del Estado, las resoluciones en materia de acceso a información pública ponen fin a la vía administrativa, de lo que se desprende que, contra ellas, podría interponerse un recurso potestativo de reposición, en vía administrativa, o bien acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Con todo, tal como prescribe el artículo 20 del Proyecto de Ley del Estado, la reclamación ante la Agencia «tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 [...]»¹²³.

Hay que entender entonces que la reclamación, que conserva el carácter de ejercicio facultativo, puesto que tiene por objeto un acto que ya ha agotado la vía administrativa, sustituye el recurso ordinario de reposición, regulado en los

¹²¹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública», Seminarios Internacionales Complutenses, *El derecho de acceso a la información pública*, 2008.

¹²² LUCIANO PAREJO, Alfonso, *Derecho administrativo*, Ariel, 2003.

¹²³ Resulta significativo, sin embargo, que el segundo apartado de dicho artículo 20 excluya del ámbito de aplicación subjetivo de la reclamación los entes previstos en el artículo 2.1 f) del mismo Proyecto (Poder legislativo, Tribunal Constitucional, CGPJ y órganos constitucionales, así como las instituciones análogas de las comunidades autónomas), considerando sus resoluciones en materia de acceso únicamente impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. A nuestro entender, no debería entenderse en ningún caso que la exclusión que resulta de este precepto elimina los recursos ordinarios previos a la vía jurisdiccional, conforme a la normativa aplicable a cada uno de estos entes.

artículos 114 y 115 de la Ley 30/1992. Este carácter potestativo está expresamente previsto en el artículo 21 del Proyecto de Ley del Estado, del mismo modo que confirma la posibilidad de acudir a la vía contenciosa, con posterioridad.

El apartado segundo del artículo fija un plazo de un mes para interponer la reclamación, y el apartado cuarto, uno de tres meses para resolver y notificar la reclamación.

Por su parte, la Disposición Final Tercera del Proyecto de Ley del Estado modifica la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, con objeto de añadir a las funciones que hasta ahora desarrollaba la Agencia de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, las relativas a la promoción de la transparencia y la garantía del derecho de acceso a la información, modificando también la propia denominación de la Agencia.

La adscripción de este ente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el hecho de que su presidente o presidenta tenga que ser nombrado mediante Real Decreto, a propuesta de este ministerio¹²⁴, y la aprobación de sus estatutos mediante Real Decreto del Consejo de Ministros¹²⁵ resultan bastante indicativos de la naturaleza administrativa de la Agencia en plena sintonía con el modelo de garantía que estamos tratando.

Este sistema sustitutivo de los recursos administrativos ordinarios que diseña el Proyecto de Ley del Estado –así como que la mayor parte del contenido de la norma– tiene carácter de legislación básica del Estado de acuerdo con la Disposición final octava, que invoca los títulos competenciales del artículo 149.1.1r, 13º y 18º de la Constitución.

De acuerdo con este carácter básico, la Disposición adicional cuarta del Proyecto de Ley del Estado impone a las comunidades autónomas la designación del órgano independiente que asuma la resolución de la reclamación en el ámbito territorial correspondiente. Con carácter alternativo al cumplimiento de este mandato, las comunidades autónomas pueden atribuir la competencia a la propia Agencia Estatal celebrando un convenio a tal efecto.

¹²⁴ Disposición final tercera del Proyecto de Ley del Estado.

¹²⁵ Disposición final cuarta del Proyecto de Ley del Estado.

2.Ombudsmen

Entre las peculiaridades en las que se fundamenta este modelo, podemos destacar, por contraste con el sistema que acabamos de describir, los siguientes:

En primer lugar, se trata de una forma de tutela que no comporta la revisión de actos administrativos concretos sino que se fundamenta en el control externo de la actuación pública basado en la capacidad indicativa o de persuasión de los *ombudsmen*. Su último objetivo es la defensa de los derechos reconocidos a la ciudadanía, asumiendo un rol proactivo y favorable a su tutela.

El modelo permite a la ciudadanía que considere vulnerado su derecho de acceso a la información poner en conocimiento los hechos o formular una queja al ente para que este, en ejercicio de las potestades indicativas que le atribuya el ordenamiento, efectúe el correspondiente control del funcionamiento normal o anormal («mala administración») de las instituciones sujetas a su ámbito de actuación, a través de la emisión de informes, recomendaciones, sugerencias, etc. con la finalidad última de corregir las irregularidades detectadas sin los efectos vinculantes o coercitivos propios del autotutela de la Administración.

En cualquier caso, quedan intactos los mecanismos, ordinarios o especiales, de impugnación, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, cuyo objeto sea la revisión y eventual anulación de actos decisorios concretos. Por lo tanto, la vía de tutela *ombudsmen* ni tiene carácter preceptivo (la persona interesada tiene la facultad de dirigirse a él) ni sustituye el sistema de recursos: son dos vías de protección del derecho con objetivos y elementos distintos, mutuamente no excluyentes y que, por lo tanto, pueden convivir simultáneamente.

El sistema presupone que la función de tutela sea asumida por un órgano no partícipe de la estructura administrativa sino ajeno a la misma. Es esta característica de externalidad la que permite predicar la independencia del ente, que, por este motivo, acostumbra a incardinarse en la órbita del poder legislativo, con designación de su titular por parte de este poder.

Por otra parte, este modelo se suele mostrar más proclive a la posibilidad de iniciar actuaciones de oficio por iniciativa propia en cualquier momento, sin sujeción a ningún plazo preclusivo¹²⁶. Esto permitiría poder pronunciarse en

¹²⁶ Este es el caso del Síndic de Greuges (art. 41 Ley 24/2009, de 23 de diciembre, del Síndic de Greuges). Para las quejas y solicitudes de actuación de oficio dirigidas al Síndic de Greuges, en cambio, pese a estar sujetas al plazo preclusivo de un año (art. 36), este es muy superior a los plazos por la interposición de los recursos administrativos y contenciosos.

relación con actuaciones públicas que puedan derivarse o estar relacionadas con actos administrativos irrecurribles, por haber pasado a ser firmes.

Tampoco se puede desestimar el papel proactivo que los *ombudsmen* desempeñan generando opinión y doctrina cualificada sobre la materia que va más allá del caso concreto y puede servir de referente a la hora de interpretar y aplicar la norma.

Hemos expuesto más arriba que la tutela dispensada por el *ombudsman* puede concurrir paralelamente a la derivada del ejercicio de los recursos ante los tribunales administrativos y judiciales. Ambos regímenes de protección de la legalidad responden a lógicas y objetivos diferentes, y por ello constituyen modelos complementarios entre sí.

La Ley Foral 11/2012, en el artículo 68, reconoce expresamente a los ciudadanos la potestad de dirigir una queja al Defensor del Pueblo de Navarra cuando su derecho de acceso a la información pública haya sido impedido o limitado, sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan interponerse (mencionados en el artículo 67). En el Proyecto de Ley del Estado, en cambio, no hay previsión expresa al respecto, aunque implícitamente hay que entender que la facultad de interponer una reclamación ante la Agencia Estatal convive con el derecho de la ciudadanía a dirigirse al Defensor del Pueblo.

3. Sistema de arbitraje

El sistema arbitral es un mecanismo de resolución de conflictos cuyo origen radica en la sumisión voluntaria de las partes implicadas a la decisión de un tercero (árbitro) para que este resuelva.

Trasladado al ámbito que nos ocupa, el sistema implicaría que fuera un tercero diferente de la Administración quien decidiera la controversia entre la persona solicitante de información pública y el sujeto obligado por la ley de acceso. Aquí la Administración se encuentra revestida de auténticas potestades públicas de *imperium*, por lo cual la sumisión al arbitraje ajeno se entiende como un «arbitraje administrativo», en sentido estricto.

Por el contrario, en aquellos otros casos en los que la Administración no tutele un interés público sino que actúe sometida al derecho privado, como un particular, podrá someter sus conflictos en un arbitraje privado (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje).

El arbitraje administrativo no debe confundirse con la actividad arbitral de la Administración, entendida como aquella por la cual una ley faculta a la Administración para resolver conflictos entre terceros, ya sean

particulares (juntas arbitrales), o bien entes administrativos entre sí (arbitraje institucional). Por otra parte, la sumisión a la actividad arbitral de la Administración puede ser obligatoria o voluntaria, restando sujeta en este último caso al control ulterior de la jurisdicción civil.

En el marco del arbitraje administrativo, adquiere especial relevancia la modalidad sustitutoria de los recursos administrativos prevista en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992. Esta manifestación del arbitraje administrativo lo configura como un medio alternativo a la resolución de los recursos administrativos.

En relación con este modelo de tutela, la doctrina, de la mano del Consejo de Estado francés, se muestra muy restrictiva a la hora de admitir el arbitraje administrativo en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, por lo que acostumbra a exigir determinados requisitos o condicionantes para su aplicación:

Principio de legalidad: el arbitraje al que se refiere el segundo apartado del artículo 107 de la Ley 30/1992 deberá ser configurado por las leyes especiales o sectoriales que lo instauren como obligatorio. En efecto, la ley –*imperium legis*– es la única que puede exceptuarse a sí misma, por lo que debe ser concebida como el único instrumento adecuado para adoptar medidas de transacción, compromiso o arbitraje entre los diferentes intereses en juego.

Materia disponible: uno de los dogmas más tradicionales del ordenamiento jurídico es aquel según el cual solo puede transigirse en aquello sobre lo que se puede disponer. Así pues, el arbitraje administrativo tan solo puede referirse a ámbitos sectoriales determinados no sujetos a potestades regladas, es decir, que tiene que tener por objeto materias disponibles en mayor o menor medida: bien porque se concretan en la fijación de aspectos de hecho, bien porque se refieren a ámbitos de discrecionalidad.

Obligatoriedad: en el caso que examinamos (ex artículo 107.2 Ley 30/1992), el arbitraje administrativo tiene vocación de sustituir los recursos ordinarios en vía administrativa. Y precisamente en atención a esta finalidad, para los casos de sustituir un recurso de alzada, el arbitraje debe constituir un instrumento de tutela (y de impugnación) de carácter obligatorio. Esta sería una de las diferencias más relevantes respecto a la figura general del arbitraje administrativo *stricto sensu*, que debería tener carácter facultativo.

Objetividad e imparcialidad orgánica. La institución o el órgano tercero al que se encomienden las funciones de árbitro deberá tener carácter colegiado y ser independiente, profesional y especializado, actuando con plena objetividad e imparcialidad.

Procedimiento. Teniendo en cuenta que suple el procedimiento administrativo en el que se sustancia un recurso ordinario, el desarrollo del arbitraje tiene que tener lugar siguiendo un procedimiento claro, sencillo, económico y eficaz.

Revisión jurisdiccional. En cualquier caso, el arbitraje administrativo en estos casos, en la medida en que tan solo sustituye la vía administrativa, tiene una naturaleza precontenciosa, por lo que el laudo arbitral resultante será revisable en vía contenciosa. Por contra, en el arbitraje administrativo en sentido propio, únicamente ciertos aspectos formales y fijados del laudo (no el fondo del asunto) pueden ser revisados en sede judicial, debido a la vocación alternativa que representa este arbitraje respecto a la vía jurisdiccional.

La elección de un modelo de tutela del derecho de acceso a la información pública. Los modelos mixtos.

Una vez examinados los rasgos definitorios de cada uno de los modelos, la siguiente pregunta que nos tenemos que formular es si existe algún modelo óptimo de protección del derecho de acceso a información pública.

La respuesta no puede ser categórica, puesto que cada uno de estos planteamientos presenta, como hemos podido observar, puntos fuertes y puntos débiles con respecto a los demás, y tampoco se puede prescindir de la cultura jurídica de cada país que puede condicionar de manera determinante la eficacia del modelo.

Modelo 1. Como hemos tenido ocasión de examinar anteriormente, la sustitución de los recursos administrativos ordinarios por un recurso especial se muestra como una opción altamente satisfactoria y recomendable, en la medida en que tiende a la especialización en la impugnación de resoluciones en una determinada materia del ordenamiento jurídico-público, como es el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Sin embargo, debemos advertir que el legislador autonómico podría ver como el supuesto poder decisorio respecto a adoptar o no este modelo queda eliminado, imponiéndose su adopción, dado el carácter de legislación básica con que ha sido redactado el Proyecto de Ley del Estado. Esto es así porque, cabe recordar que este proyecto prevé una reclamación potestativa a modo de recurso especial en

materia de derecho de acceso a información pública, sustitutoria del recurso administrativo ordinario potestativo de reposición. De resultar finalmente aprobado este proyecto, con el carácter básico que el mismo propugna, su modelo de revisión de las resoluciones sobre el derecho de acceso a información pública se impondría de forma ineludible a los legisladores autonómicos.

Modelo 2. Del examen ilustrativo del segundo modelo de tutela al que nos hemos referido, se desprende necesariamente que los modelos 1 y 2 no se excluyen mutuamente entre sí, sino que, por el contrario, resultan complementarios y pueden, por lo tanto, ser activados de forma simultánea o paralela, en tanto en cuanto responden a finalidades y lógicas diferentes: mientras que el modelo 1 prevé el sistema de impugnación de actos resolutorios en vía administrativa, el modelo 2 ofrece una supervisión externa de la actuación de los poderes públicos. De hecho, un régimen de tutela óptimo del derecho de acceso exigiría que el ordenamiento jurídico previera ambos mecanismos de protección. Buena prueba de ello es el hecho de que en los ordenamientos de nuestro entorno conviven ambos sistemas.

Modelo 3. Nuestro entorno jurídico-administrativo, de inspiración francesa, se caracteriza por la reticencia de la Administración a adoptar fórmulas de resolución de conflictos de tipo convencional que supongan poner en manos de un tercero ajeno a la Administración la decisión final sobre los intereses en conflicto. Esto es así porque siempre se ha considerado que el ejercicio de las potestades administrativas o facultades de *imperium*, como es la resolución de un recurso administrativo, es irrenunciable; además, tiene que quedar intacta la posibilidad ulterior de control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa. Estas circunstancias llevan a desaconsejar, por tanto, la sustitución de los recursos administrativos ordinarios por un sistema arbitral que supone externalizar la potestad de revisar los actos administrativos.

Modelos mixtos. Al margen de las especificidades que presenta cada uno de los modelos tipo examinados, en materia de acceso a la información pública la proliferación de modelos de tutela mixtos que combinan varios aspectos definitorios de los diferentes modelos de protección examinados es una realidad. La legitimidad y oportunidad en el diseño *ad hoc* de estos sistemas de garantía del derecho de acceso depende única y exclusivamente del criterio legislativo.

Por ejemplo, la ley de acceso a la información del Canadá de 1985 confecciona un sistema de garantía del derecho que participa tanto de rasgos propios del modelo 1 como, principalmente, del modelo 2: respecto al primero, este sistema de tutela se configura como un requisito preceptivo y previo a la vía judicial; respecto al segundo, el

organismo competente en el sistema es una institución externa de supervisión cuyas decisiones carecen de fuerza vinculante:

El responsable de una institución federal que deniegue total o parcialmente una petición de información tiene que informar a la persona interesada de su derecho a interponer una denuncia ante el Comisariado para la Información. El Comisariado, que tiene la consideración de *ombudsmen* especial, disfruta de plena habilitación legal para investigar los hechos –incluso de oficio– y, si procede, finalizar las actuaciones dirigiendo sus conclusiones y recomendaciones al responsable de la institución federal. Si la institución federal reitera su postura contraria a la entrega de la información pese a la persuasión del Comisariado, este informará a la persona interesada del derecho a interponer recurso ante los tribunales. Incluso el Comisario tiene legitimación, en determinadas condiciones, de impulsar él mismo la vía judicial.

Paralelamente, el Comisariado alienta y apoya a las instituciones federales para que estas adopten comportamientos ajustados a la Ley, favoreciendo el derecho de acceso a la información.

En nuestro propio ordenamiento jurídico podemos encontrar también algún ejemplo de institución de tutela con características concurrentes de los sistemas antes descritos, si bien en un ámbito material diferente: la protección de datos de carácter personal. En efecto, la Autoridad Catalana de Protección de Datos se configura, según la Ley 32/2010, de 1 de octubre, como un organismo independiente que tiene por objeto garantizar, en el ámbito de las competencias de la Generalidad, el derecho a la protección de datos personales. Entre sus funciones se halla la relativa a dictar instrucciones y recomendaciones en la materia.

Si bien esta configuración legal parecería indicar que nos encontramos ante una figura tipo *ombudsmen* en la medida en que no se inscribe en ninguna estructura orgánica propia de la Administración, lo cierto es que el régimen jurídico de sus resoluciones prevé que las mismas agoten la vía administrativa y sean susceptibles de recurso contencioso-administrativo, características estas propias, en cambio, del primer modelo, porque constituyen el ejercicio de potestades públicas inherentes a las administraciones.

El hecho de que un organismo que no es Administración pueda dictar resoluciones –en respuesta a las reclamaciones de tutela que le sean sometidas– que agoten la vía «administrativa» obedece a la voluntad

legislativa que ha decidido configurarlo como un modelo de tutela híbrido.

Por último, y sin que en realidad nos hallemos aquí ante la instauración de ningún sistema de garantía reforzada, la Ley Foral 11/2012 –dado que mantiene el sistema de recursos administrativos ordinario–, como mecanismo de garantía del derecho de acceso a la información pública (artículo 67.3), ha optado por introducir en el procedimiento de resolución de los recursos ordinarios el trámite de un informe preceptivo que habrá que solicitar a una unidad *ad hoc* especializada en la materia de derecho de acceso a la información.

Los ejemplos anteriores resultan indicativos de cómo, a menudo, el legislador que se plantea la necesidad de reforzar la tutela efectiva de un derecho acaba recurriendo a fórmulas híbridas que, a la vez que garantizan una adecuada protección, se adaptan mejor a la propia realidad jurídico-institucional.

2. ¿A qué institución deberían encargarse las funciones de tutela del derecho?

Del mismo modo que, como hemos demostrado, no hay una única solución respecto al modelo de tutela que conviene implementar, tampoco puede tener una respuesta unívoca la atribución de las funciones de protección del derecho a favor de una determinada institución.

Hay que tomar en consideración muchos y diversos factores, entre los que destaca, con carácter primordial, la propia elección previa de un modelo de tutela.

En todo caso, y con carácter previo, sí que deberíamos ser capaces de identificar los rasgos característicos esenciales que un organismo o ente público tiene que reunir para dar cumplimiento de forma adecuada a las funciones de tutela del derecho de acceso a la información pública:

Independencia

Lo que resulta determinante de este atributo es la libertad de actuación y, en última instancia, la autonomía en la toma sincera de decisiones. Dicho de otro modo, el organismo debe poder ejercer las competencias atribuidas sin sujeción a ninguna instrucción o mandato y con la garantía de que su titular no será cesado por motivos distintos a los objetivos (muerte, declaración de incapacidad, inhabilitación, renuncia, expiración

del mandato) o por el incumplimiento grave y culpable de los deberes del cargo.

Por lo tanto, la calidad de independencia no resulta tan solo de elementos formales como los relativos al mecanismo de designación y nombramiento de sus titulares o miembros, la adscripción orgánica a una estructura administrativa, las eventuales relaciones de dependencia jerárquica que puedan darse respecto a órganos superiores, la autonomía económico-presupuestaria o la duración del mandato.¹²⁷

El objetivo de la independencia es que quien controla o tutela el ejercicio del derecho quede al margen de cualquier influencia que pueda interferir en este control, y, muy especialmente, persigue alejar el control de un acto de la esfera en la que este se originó.

La exigencia de autonomía funcional en los términos descritos difícilmente podrá ser satisfecha desde los órganos administrativos, entendidos estos como unidades dotadas de recursos en las que se organizan las administraciones públicas para el ejercicio de sus competencias. La ausencia de personalidad jurídica y la plena integración en la estructura jerarquizada de la organización administrativa limitan la autonomía en la actuación de los órganos, que quedan, en última instancia, sometidos a instrucciones y directrices de los superiores.

En el ámbito de la Administración de la Generalidad de Cataluña, la Secretaría de Comunicación del Departamento de la Presidencia tiene expresamente encomendadas, según el Decreto 325/2011, de 26 de abril, de reestructuración de esta Consejería, funciones relativas a la tutela de la transparencia del Gobierno y al proceso de apertura de datos públicos de la Generalidad, así como la relativa a los sistemas de información ciudadana, basados en la interconexión de los diferentes departamentos. Por su parte, a la Secretaría de Administración y Función Pública del Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales, de acuerdo con el Decreto 326/2011, de 26 de abril, de reestructuración de este departamento, corresponde, entre otros, la función de «[i]ncorporar prácticas de buen gobierno en la gestión del sector público basadas en la

¹²⁷ A modo de ejemplo del uso de estos elementos formales que pueden ser tenidos en cuenta, aunque no de forma esencial, el programa electoral del PSOE de 2004 establecía que «la garantía del derecho a la libre información la ejercerá una Autoridad independiente elegida por el Congreso de los Diputados, por mayoría cualificada, con facultades para obligar las administraciones públicas a la entrega inmediata de la información o dato solicitada». Por su parte, el Proyecto de Ley del Estado, que encomienda las funciones de tutela del derecho de acceso a la Agencia Estatal de Transparencia, también dota a esta de ciertas garantías de independencia (nombramiento de la presidencia por el Gobierno pero con cierta participación del legislativo; mandato legal de cuatro años; perfil de competencia profesional).

transparencia, proximidad, eficiencia, austeridad, agilidad administrativa, rendición de cuentas y evaluación».

En ambos casos, las funciones descritas recaen directamente sobre el ámbito que nos ocupa: la transparencia y el acceso a la información pública. Sin embargo, son atribuidas a favor de órganos administrativos, por lo que, y de acuerdo con lo expuesto, no pueden ser ejercidas con la independencia deseable que debe caracterizar a la institución a la cual se encomiende la tutela de la transparencia.

Funciones de control

La institución de tutela en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública debe tener encomendada la función de control o supervisión, y esta, a su vez, puede manifestarse en diferentes potestades o funciones, como por ejemplo la revisión de actas¹²⁸, la indicativa o de persuasión¹²⁹, la consultiva o la de regulación.

La concreción explícita de las funciones que en cada caso deban ser atribuidas al ente de tutela por su norma reguladora dependerá fundamentalmente del modelo de protección del derecho elegido.

Especialización

En cuanto al ejercicio de cualquiera de las funciones que sean asumidas por la institución, de acuerdo con su norma reguladora, es necesario que se desarrolle con arreglo al principio de especialización en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública. La especialización, en la medida en que presupone unos conocimientos y experiencia profundos en una materia, como la transparencia y el derecho de acceso, constituye una firme garantía de competencia en el ejercicio de

¹²⁸ Convendría disponer de suficiente capacidad para generar un cuerpo propio de doctrina derivado de las numerosas decisiones de revisión, que tenga potencialidad para orientar la conducta de los poderes públicos en la materia. De este modo, la facultad de dirimir los casos de vulneración del derecho puede, asimismo, ser aprovechada para crear un corpus de criterios. Así, la autoridad acumularía información sobre el funcionamiento y el ejercicio del derecho de acceso, podría difundir estadísticas, detectar y resolver los problemas de aplicación de la ley y elaborar, por lo tanto, una guía o las líneas de actuación para el desarrollo efectivo del derecho.

¹²⁹ Con respecto a esta potestad indicativa o de persuasión, que acostumbrará a traducirse en recomendaciones o informes dirigidos a los sujetos obligados por la ley de acceso, conviene tener presente la posibilidad de que la institución de tutela del derecho pueda poner de manifiesto o denunciar, ante la autoridad correspondiente, hechos que vulneren el ordenamiento jurídico o sean constitutivos de infracción en cualquier orden. En este sentido, la actuación de la institución podrá comportar la incoación de un procedimiento sancionador, como por ejemplo un procedimiento disciplinario, respecto al empleado público que haya vulnerado alguna de las obligaciones que la ley de acceso a la información pública tipifique como infracción disciplinaria.

las funciones asignadas en relación con dicha materia y, por lo tanto, asume una significación completamente determinante para la calidad, eficacia y eficiencia de las decisiones y dictámenes que resulten del ejercicio.

La especialización debe constituir un condicionante *sine qua non* a la hora de desarrollar las funciones de control o tutela que se encomienden a la institución independiente en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública. Por eso su norma reguladora tendría que prever esta exigencia de forma expresa.

Sin embargo, la especialización no implica necesariamente exclusividad; es decir, que las competencias propias de la institución de control no tienen que quedar necesariamente reducidas a las funciones que su norma le atribuya en relación con la materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública. Dicho de otro modo: nada impide que la institución llamada a la defensa y protección del derecho de acceso pueda estar a la vez investida de otras competencias en protección otros derechos o intereses. De hecho, el carácter multidisciplinario de un mismo organismo, en el sentido de que el ordenamiento jurídico le atribuya múltiples competencias en diferentes materias, se presenta como una solución conveniente y necesaria en un ciclo de recesión económica como el actual, en el que la contención del gasto público y el ahorro de los recursos tienen que imperar, tal como comentaremos más adelante.

Los conocimientos implícitos en la especialización obligan a disponer de una herramienta de apoyo formativo continuado, con el objetivo de que los servidores públicos puedan acometer la aplicación de la ley mediante una capacitación específica en la materia que les permita actualizar y a la vez ampliar sus conocimientos. La especialización que se le supone a la autoridad que vele por el derecho de acceso la hace la idónea para facilitar este apoyo formativo y crear, así, una cultura de la transparencia.

Celeridad

La celeridad en el ejercicio de las funciones de tutela y, particularmente, en la tramitación del procedimiento de resolución de las reclamaciones contra actos resolutorios sobre el derecho de acceso, requiere poder contar con una estructura –conjunto de recursos– dedicada permanente y específicamente a su gestión, así como disponer de un procedimiento propio ágil e informado por los principios de economía y antiformalismo.

En efecto, la tramitación de la impugnación tiene que garantizar la celeridad, aspecto trascendental para evitar vaciar de contenido el derecho de acceso a la información debido a la rápida caducidad de los valores informativos, y que por lo general no pueden satisfacer los tribunales.¹³⁰

Gratuidad

Del mismo modo que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública no puede representar, en términos generales, ningún coste para el ciudadano, el desarrollo *ex post* de las funciones tutelares atribuidas a la institución encargada de velar por la correcta aplicación de la ley de transparencia tampoco puede verse condicionado por ninguna exigencia económica.

En este mismo sentido, y por contraste con los gastos implícitos en el ejercicio de la vía jurisdiccional (representación, postulación, tasas...), el derecho de las personas interesadas a solicitar tutela mediante los instrumentos impugnatorios de la resolución sobre el derecho de acceso a información pública no puede implicar ninguna carga económica en detrimento de la ciudadanía. Lo contrario supondría una mengua en las garantías de ejercicio efectivo del derecho y, por lo tanto, comportaría graves consecuencias para el cumplimiento del deber de transparencia de los poderes públicos.

Una vez fijados los principios generales que deben informar cualquier institución que tenga encomendadas las funciones de control y tutela del derecho de acceso a la información pública, se trata ahora de exponer, sin ánimo exhaustivo y a modo de proposición o planteamiento indicativo, qué organismos o entes públicos son los más idóneos para desarrollar las funciones propias de una institución de tutela de la transparencia y el derecho de acceso a información pública, de acuerdo con los principios que hemos examinado.

¹³⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública», Seminarios Internacionales Complutenses, *El derecho de acceso a la información pública*, 2008.

Para la consecución del principio de celeridad, resulta conveniente la atribución, en favor de la institución, entre otros, de la potestad de requerir la entrega de información, cuando proceda, al sujeto obligado, complementado con el correspondiente mandato expreso de colaboración dirigido al conjunto de autoridades públicas sujetas a la Ley.

Antes del examen de la cuestión, conviene efectuar una primera diferenciación, según si esa institución independiente se diseña *ad hoc* por ley, o bien se recurre a un organismo de entre los ya existentes a nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, razones de oportunidad aconsejan en estos momentos descartar la opción consistente en asignar la función de control del derecho de acceso a un ente u organismo de nueva creación, aunque esta solución presentaría la ventaja de poder configurar la institución de tutela *ex novo* y a medida de las necesidades del momento. Una vez más, en un contexto de grave crisis económica, el deber ineludible de priorizar más que nunca los principios de eficiencia y economía aconseja aprovechar y maximizar los recursos ya existentes en las estructuras públicas.

Dicho esto, y partiendo de los organismos o entes ya existentes en el panorama institucional de Cataluña, se impone el ejercicio de determinar a continuación cuáles de ellos y en qué medida, atendiendo a sus finalidades, se hallan en condiciones de satisfacer las exigencias derivadas de los principios que acabamos de exponer.

Síndic de Greuges

El Estatuto de Autonomía encomienda al Síndic de Greuges «la función de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto». A tal efecto, el Síndic de Greuges se configura como órgano de carácter unipersonal, con autonomía reglamentaria, organizativa, funcional y presupuestaria (artículo 2 Ley 24/2009, de 23 de diciembre).

La función de tutela sobre los derechos constitucionales y estatutarios tiene carácter genérico, sin perjuicio del papel especializado que le corresponde en su condición de autoridad catalana para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Y para llevar a cabo su labor, el Síndic tiene atribuidas facultades de supervisión junto con las de persuasión propias de los *ombudsmen*.

Prescindiendo en este momento de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública, cuestión que ya ha sido abordada en otro apartado de este trabajo, lo cierto es que el Estatuto sí que reconoce ciertos derechos en el ámbito político y de la Administración (como la participación y la buena administración) que están estrechamente ligados a las exigencias de transparencia y acceso a la información pública.

Oficina Antifraude de Cataluña

Mediante la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, la OAC se configura como «institución específicamente dirigida a preservar la transparencia y la integridad de las administraciones y del personal al servicio del sector público en Cataluña» (preámbulo). Como entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar adscrita en el Parlamento, la OAC actúa con independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 1).

Para el cumplimiento de su misión, la OAC tiene atribuidas funciones de control y también indicativas o de persuasión, como: «Estudiar, promover e impulsar la aplicación de buenas prácticas en relación a la transparencia en la gestión pública», así como «[a]sesorar y formular propuestas y recomendaciones al Parlamento, al Gobierno de la Generalidad y a los órganos de la Administración, en el ámbito de la prevención y lucha contra la corrupción y cualquier actividad relacionada, así como proponer las medidas necesarias para lograr más transparencia en la gestión del sector público» (artículo 3).

Así pues, la especialización en materia de transparencia y acceso a la información pública está atribuida legalmente de manera directa y clara a esta institución de reciente creación.

Comisión Jurídica Asesora

Como alto órgano consultivo del Gobierno (artículo 1 Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora), la CJA ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, para garantizar su objetividad e independencia. Tiene como misión principal la de «controlar preventivamente la legalidad de las disposiciones de carácter general y de determinados actos tanto de la Administración de la Generalidad como de las administraciones locales» (preámbulo de la Ley 5/2005). Esta configuración justifica suficientemente que la CJA reúna las notas de independencia y funciones de tutela de la legalidad en sentido genérico.

En cambio, cabe señalar que esta institución desarrolla funciones consultivas que tienen por objeto sectores concretos de la actividad pública, delimitados por la propia Ley (artículo 8): las funciones de la CJA se concretan en la emisión de dictámenes jurídicos en determinadas materias. Todo esto resulta indicativo de la ausencia de especialización de las competencias del organismo en materia de transparencia.

Autoridad Catalana de Protecció de Dats

De acuerdo con la Ley 32/2010, de 1 de octubre, la Autoridad Catalana de Protección de Datos es el organismo independiente que tiene por objeto garantizar, en el ámbito de las competencias de la Generalidad, los derechos a la protección de datos personales y de acceso a la información a ellos vinculada (artículo 1). Tiene personalidad jurídica propia y plena autonomía orgánica y funcional, y actúa con objetividad y plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 2).

La ACPD vela por la garantía del derecho a la protección de datos de carácter personal en el ámbito de las administraciones públicas de Cataluña mediante el asesoramiento, la difusión y el cumplimiento de funciones de control que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley se manifiestan, entre otros, en la facultad de resolver reclamaciones de tutela por vulneraciones del citado derecho o de dictar instrucciones y recomendaciones en esta materia.

La especialización de la ACPD lo es, por lo tanto, en una materia diferente a la de la transparencia. El único punto de conexión de los datos de carácter personal con el derecho de acceso a la información pública radica precisamente en el hecho de que aquellas son una de las limitaciones más importantes al derecho de acceso. Quedan, sin embargo, otros límites o excepciones ajenos al ámbito material propio de la ACPD y cuya ponderación será necesaria para decidir sobre el acceso a la información pública.

Ontológicamente, se hace difícil concebir que un organismo creado precisamente para la protección de la privacidad podrá, al mismo tiempo, velar por un derecho que a menudo entrará en conflicto con la protección de datos, que este «conflicto de intereses» se resolverá con la imparcialidad necesaria y sin que acabe imponiéndose la lógica de priorizar el derecho cuya protección constituye la razón de ser de la institución¹³¹.

Otros organismos

Una vez descartados, como hemos argumentado más arriba, los órganos administrativos por su falta de autonomía funcional, quedaría plantearse si entre

¹³¹ El Proyecto de Ley del Estado encomienda la garantía del derecho de acceso a la información a la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios. Sin embargo, su Disposición adicional quinta prevé una colaboración de dicha Agencia con la Agencia Española de Protección de Datos para que ambos organismos adopten conjuntamente criterios para la aplicación de la ley de transparencia en lo que afecte a la protección de datos personales.

las entidades de carácter instrumental dotadas de personalidad jurídica y de autonomía que integran el sector público institucional hay ningún organismo que pueda responder al modelo de tutela planteado.

De hecho, esta es la opción del legislador estatal en el Proyecto de Ley del Estado cuando decide encomendar a una agencia estatal¹³² ya existente –la Agencia de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios– la competencia para conocer de la reclamación potestativa previa a la vía judicial sustitutiva de los recursos administrativos.

El fundamento para atribuir a este organismo las funciones de garantía del derecho de acceso a la información y de promoción de la transparencia lo encontramos en el preámbulo del Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia, cuando afirma que: «En todos los países desarrollados, la ciudadanía viene exigiendo durante los últimos años, como requisito ineludible para intensificar la calidad democrática, mayor transparencia, calidad y eficiencia en la gestión de los servicios y políticas públicas, así como en la utilización de los recursos asignados a las mismas. La Agencia de Evaluación es un proyecto de largo recorrido que pretende favorecer todos estos extremos, al impulsar un sistema público de evaluación en España, que promueva simultáneamente mejoras en la transparencia y en el conocimiento de la eficiencia y calidad de los servicios públicos».

Entre los entes hoy existentes en el sector público instrumental en Cataluña, en cambio, no hay ninguno que, por las finalidades que tenga encomendadas, pueda asumir competencias adicionales en materia de tutela de la transparencia y acceso a la información pública. Por esta razón, junto a la premisa inicial de no crear nuevos organismos, entendemos que este tipo de institución puede ser descartada.

La exigencia de especialización como atributo imprescindible de una autoridad o ente de tutela del derecho de acceso a la información pública nos lleva a centrar la atención de manera prioritaria en aquellas instituciones u organismos hasta

¹³² Según la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, «1. [I] Las Agencias Estatales son entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Las Agencias Estatales están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en esta Ley.» (art. 2).

ahora mencionados entre cuyas finalidades puede considerarse comprendido el derecho: el Síndic de Greuges y la Oficina Antifraude de Cataluña.

Sin embargo, antes de encontrar el mejor encaje de una u otra institución en el papel de autoridad independiente de tutela, se hace necesario decidir si alguno de los modelos de protección reconocidos en derecho comparado congenia mejor con nuestra realidad. Para hacerlo habrá que atenerse a aquellas funciones que satisfagan en mayor medida las exigencias de protección del derecho.

Como ya hemos tenido ocasión de expresar anteriormente, por razones prácticas de adaptabilidad a la realidad jurídico-institucional de cada país, lo más realista es recurrir a modelos híbridos o mixtos de tutela.

Esto permite centrarnos en aquellas funciones públicas que mejor puedan servir a la finalidad de protección del derecho, verificar qué instituciones de las disponibles se encuentran en disposición de ejercerlas y, si procede, atribuir nuevas o modificar las asignadas.

Recapitulemos de manera muy resumida lo que se ha visto al analizar los diferentes modelos de protección:

Del sistema de tribunales administrativos destaca positivamente el carácter ejecutivo de sus decisiones, que puede favorecer la eficacia del derecho. En efecto, el hecho de atribuir a un organismo o ente independiente la facultad de resolver el recurso especial administrativo sustitutivo de los recursos ordinarios implica más probabilidades que el de que «la última palabra» de la Administración pueda resultar favorable al derecho de acceso.

El sistema *ombudsmen* pone en valor el aspecto de la persuasión y favorece la proactividad y la puesta a disposición del público de un mayor caudal de información relativo al derecho de acceso. La función indicativa basada en la *auctoritas* de los *ombudsmen* resulta particularmente apta en esta materia porque puede contribuir a vencer las eventuales reticencias que puedan darse en el conjunto del sector público a adoptar la nueva cultura de la transparencia.

Ya hemos visto que el modelo de arbitraje encuentra difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, tradicionalmente reticente a desprenderse abiertamente de la capacidad de decisión final.

Salvo el modelo de arbitraje, y por las razones esgrimidas, no nos ofrece ninguna duda de que tanto la efectividad inmediata propia del sistema de tribunales administrativos como la potestad indicativa o de persuasión característica de los

ombudsmen congenian perfectamente con un sistema de tutela reforzada del derecho de acceso a la información.

Como hemos podido comprobar, la combinación o concurrencia en una misma institución de potestades tanto ejecutivas como indicativas es perfectamente posible si se adopta un modelo mixto.

Tanto el Síndic de Greuges como la Oficina Antifraude de Cataluña disponen en estos momentos de claras potestades de control y persuasión otorgadas por sus respectivas leyes de regulación. La diferencia principal radica en que mientras que el Síndic de Greuges proyecta su actuación sobre el conjunto de derechos y libertades reconocidos en la Constitución y el Estatuto, la Oficina Antifraude lo hace específicamente en el ámbito de la transparencia, sin perder de vista la vertiente de instrumento de prevención y lucha contra la corrupción que comporta un sistema de transparencia.

Sin duda, queda como cuestión de oportunidad política que el legislador en materia de transparencia elija qué institución deberá hacerse cargo de la misión de tutelar el derecho de acceso a la información pública¹³³. En cualquier caso, hay dos factores que conviene tener en cuenta:

1. Con respecto a los *ombudsmen* –en su condición de comisionados parlamentarios, sin personalidad jurídica diferenciada–, mientras que su capacidad indicativa queda fuera de cualquier duda, sí que podría plantear problemas la asunción de potestades revisoras, con fuerza ejecutiva, de decisiones sobre el acceso a información pública. El reconocimiento de este tipo de potestades ejecutivas en materia de transparencia sería sorprendente, en tanto en cuanto no tiene reconocidas estas potestades en ninguna materia objeto de su tutela, teniendo en cuenta que la competencia del ente alcanza el conjunto de derechos y libertades reconocidos constitucional y estatutariamente; además, el *ombudsman* se integra en el propio poder legislativo, uno de los sujetos obligados a la ley de transparencia, adscripción que va en detrimento de la calidad externa a cualquier sujeto obligado que debería caracterizar al ente de tutela.
2. Una institución que, en cambio, no se halle integrada en ninguno de los poderes públicos, y a la vez tenga una misión específica sobre el

¹³³ Hay que tener presente que, sea cual sea la elección, también será necesaria alguna modificación de la normativa reguladora de la institución afectada a fin de adaptar sus funciones o, si procede, de encomendarle funciones nuevas.

ámbito de la transparencia, en atención a esta especificidad, y disponga de personalidad jurídica propia es más idónea para asumir la función revisora propia de los recursos administrativos (vía recurso especial sustitutivo)¹³⁴.

Visto lo anterior, y dado que la implementación del sistema pasará necesariamente por una modificación de la legislación reguladora de la institución afectada, habría que valorar la conveniencia de prever la atribución expresa de ambas funciones, indicativa y revisora, en favor de un único organismo.

4.8.2.2. Régimen sancionador

La ley de transparencia supondrá para las autoridades y los servidores públicos implicados en su aplicación una serie de deberes y obligaciones.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública debe tener como consecuencia jurídica la responsabilidad correlativa de la persona infractora.

La previsión de un régimen sancionador en materia de transparencia y acceso a la información se convierte en una verdadera garantía de cumplimiento de la ley porque, por un lado contribuye a la reafirmación del ordenamiento jurídico, y por otro, satisface las necesidades, tanto de prevención general (disuasivas), como de prevención especial, y transmite a la ciudadanía en general un mensaje inequívoco de voluntad de hacer efectiva la norma.

La tipificación de infracciones y sanciones debería incluir, no solo aquellas acciones y omisiones relacionadas con la vulneración de los deberes derivados de la ley, sino también aquellas otras que comporten la obstaculización de la acción de la autoridad de tutela del derecho de acceso.

Teniendo en cuenta el carácter estatutario de las obligaciones dirigidas a los servidores públicos, las respectivas normas estatutarias constituirían un marco adecuado para este régimen sancionador disciplinario a la vez que una

¹³⁴ Un ejemplo ilustrativo de esta posibilidad, para la materia específica del derecho a la privacidad, lo constituye la Autoridad Catalana de Protección de Datos. Como organismo independiente de las administraciones públicas y dotado de personalidad jurídica propia, su director o directora se halla legalmente habilitado para resolver sobre la procedencia o improcedencia de la denegación del ejercicio del derecho, y sus resoluciones las agota la vía administrativa.

oportunidad de aclarar y dar coherencia de manera definitiva a los deberes de secreto, sigilo o reserva hacia los derivados de la transparencia.

4.8.2.3. Especial referencia a la protección de la persona informante (whistleblower)

Incluso los entornos político-institucionales más transparentes que disfrutan de tradición en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública pueden no resultar suficientes para prevenir por completo las prácticas corruptas, fraudulentas, que se opongan a la probidad o que resulten contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho.

Las malas prácticas, irregularidades o *wrongdoing* –en expresión anglosajona–, por definición, se producen subrepticamente y se alimentan de las debilidades propias de la opacidad.

Un sistema de acceso a la información pública verdaderamente sólido que pretenda servir con eficacia a la finalidad de rendición de cuentas (*accountability*) tiene que prever mecanismos para que algunas situaciones de malas prácticas que difícilmente llegarían a ver la luz por los canales ordinarios de acceso a la información y que, de otra manera, quedarían ocultas en detrimento del interés público puedan llegar a ser conocidas.

A tal efecto, resulta esencial el papel que pueden tener aquellas personas que, ya sea por la posición que ocupan en la estructura organizativa, ya sea por su vinculación o relación con esta, son conocedoras de informaciones de interés público sobre posibles casos de fraude, falta de probidad u otras irregularidades. Estas personas son conocidas en la terminología anglosajona como *whistleblowers*, en alusión a «quien hace sonar el silbato», es decir, la persona que da la alerta.

La experiencia acumulada a nivel comparado pone de manifiesto la conveniencia de que haya un marco normativo que ofrezca seguridad y garantías a aquellas personas que, de buena fe, están dispuestas a revelar las informaciones sobre irregularidades de las que tienen conocimiento.

A tal efecto, lo deseable es una regulación específica con rango de ley que esté enmarcada en una estrategia nacional de integridad y resulte coherente con otros regímenes legales, particularmente los relativos a la función pública, normativa penal y procesal criminal, y la relativa a los medios de comunicación.

Se trata, como proclama la Resolución 1729 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de que las legislaciones de los estados miembros ofrezcan «una alternativa segura al silencio».

Sobre la cuestión ya se puede hablar de la existencia de verdaderos estándares internacionales, y entre estas fuentes podemos destacar, además de la mencionada Resolución 1729 (2010): la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003 (artículo 33); el Doc. 9749, de 24 de marzo de 2003, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre ética pública en el ámbito local - Modelo de paquete de iniciativas [3. Derechos y obligaciones de los servidores públicos locales, b) posibles acciones de las autoridades locales, último apartado]; la Recomendación Rec (2000) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Código de conducta del funcionariado público, 2000 (artículo 12.6); el Convenio Penal del Consejo de Europa núm. 173 sobre la corrupción, 1999 (artículo 22); el Convenio Civil del Consejo de Europa núm. 174 sobre la corrupción, 1999 (artículo 9); la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los veinte principios rectores para la lucha contra la corrupción, 1997 (principio 3); el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, 1997 (Recomendación IX).

Más recientemente, la Declaración de Brasilia, de 10 de noviembre de 2012 (XV Conferencia Internacional Anticorrupción), destaca entre sus conclusiones la constatación de la necesidad de apoyo al *whistleblower*.

Un sistema de protección del *whistleblower* debería dar cobertura no solo al sector público sino también al privado, y caracterizarse por contar con los elementos siguientes:

- i) mecanismos de protección (contra represalias; contra acciones civiles y criminales; garantías de confidencialidad)¹³⁵;
- ii) procedimientos de denuncia (establecimiento de canales de denuncia, internos y también externos);
- iii) mecanismos de aplicación (autoridades de supervisión y aplicación; revisión judicial ulterior; sanciones contra las represalias);
- iv) mecanismos de sensibilización y evaluación.

La Oficina Antifraude es consciente de las «resistencias» a las que la implantación de un sistema de protección del informante tendrá que hacer frente en nuestro país, pero, contrariamente a la concepción tradicional, hay que entender que la revelación de malas prácticas, hecha de buena fe –entendiendo

¹³⁵ Un ejemplo es el artículo 25 de las Normas de actuación y de régimen interior de la Oficina Antifraude de Cataluña, titulado «protección de la persona informante o denunciante» (DOGC núm. 5522, de 9.12.2009).

por buena fe la creencia honesta en el momento de efectuar la revelación de que hay motivos razonables de irregularidades– es un acto de lealtad hacia la Administración y el interés público. Hasta debería ser considerada un deber estatutario de los servidores públicos y, como tal, debería integrarse entre los demás deberes.

Por otra parte, la implantación de un sistema que proteja estas revelaciones prevé la existencia de filtraciones, que sí que pueden perjudicar a la cohesión de los servidores públicos y debilitar la relación entre estos y los responsables políticos.

A juicio de la Oficina Antifraude, aunque el reconocimiento y la protección de la figura del *whistleblower* necesita un marco legal específico, la futura ley de transparencia y acceso a la información pública debería ser –por su estrecha relación con el acceso a la información pública– el punto de partida para el impulso de dicha regulación¹³⁶.

4.9. Publicidad activa

Cuando hablamos de *publicidad activa* aludimos al deber de las autoridades públicas de facilitar información de interés público sin necesidad de una solicitud previa, es decir, por «iniciativa propia».

La acción de dar a conocer la información pública por parte de los poderes públicos está expresamente consignada en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa núm. 205, que establece que «por su propia iniciativa y cuando sea conveniente, las autoridades públicas tomarán las medidas necesarias para poner a disposición de todos los documentos públicos en su poder para promover la transparencia y la eficacia de la administración y para fomentar la participación informada del público en materias del interés general».

4.9.1. Relación entre la publicidad activa y el derecho de acceso a información pública

La acción de difusión proactiva de información por parte de los poderes públicos es inversamente proporcional al ejercicio del derecho de acceso por parte de la

¹³⁶ A tal efecto, la futura ley de transparencia podría contener la correspondiente disposición final que dirigiera al Gobierno el mandato de elaborar un proyecto de ley de protección de la persona informante, en un plazo razonable no superior a un año.

ciudadanía, en el sentido de que, cuanto más disposición tengan las autoridades a la hora de difundir información pública por iniciativa propia, menor será la necesidad de la ciudadanía de ejercer el derecho de acceso a la información.

Así, por razones de eficacia y simplificación administrativa, convendría que la voluntad de las autoridades otorgase un papel preponderante a la publicidad activa, con vistas a que esta ganase terreno al derecho de acceso individual.

En este sentido, el informe del año 2004 que el Síndic de Greuges presentó al Parlamento afirma que «hace falta superar la lógica de la petición individualizada de la información y sustituirla por la predisposición de las administraciones a difundir la información administrativa, y hacer más pública y transparente su actividad, mediante [las] tecnologías».

Mario Savino¹³⁷, por su parte, señala que «al hacer que la información esté libremente disponible para todos (y desde el principio, con carácter general, «salvo si es aplicable alguna excepción al derecho de acceso»), el propósito de los regímenes de acceso se alcanza automáticamente, sin que haga falta que la Administración tramite las peticiones individuales».

De hecho, son muchas las leyes reguladoras de la transparencia las que instan a las autoridades públicas a hacer pública, de oficio, la información que haya sido previamente solicitada por la ciudadanía. Por ello sería conveniente incluir, en la relación de información que deben difundir de oficio las autoridades, aquella cuyo acceso (individual) se solicite con más frecuencia, en ejercicio del derecho de acceso, tal como se recoge, por ejemplo, en el artículo 8.2 del Proyecto de Ley del Estado, si bien sería aconsejable fijar un parámetro o criterio para medir de forma objetiva esa frecuencia requerida y evitar así la indeterminación del concepto.

¹³⁷ SAVINO, Mario, Informe Sigma núm. 46, *El acceso a la información pública en Europa*, OCDE, 2010.

4.9.2. Ámbito subjetivo, destinatarios y limitaciones aplicables a la información difundida

El deber de publicar de forma proactiva información de interés público vincula a los mismos entes, organismos, autoridades y personificaciones que configuran el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la regulación del derecho de acceso a la información pública, por lo que la necesidad de difusión de oficio se refiere a todos aquellos mismos sujetos que deben proporcionar la información solicitada individualmente.

En la misma medida, los destinatarios de la información que se hace pública de forma proactiva coinciden con los sujetos titulares del derecho de acceso; «todo el mundo», «cualquier persona» tendrá conocimiento de la información difundida, con independencia de su vinculación política de ciudadanía, nacionalidad o vecindad, con la única diferencia de que para acceder a la información publicada de oficio no habrá que identificarse.

A las obligaciones de transparencia activa les son aplicables también los mismos límites o excepciones que al derecho de acceso a información pública, que habrá que prever en la norma legal. Bajo esta premisa, en cuanto al deber de publicar información selectiva, libremente disponible para todo el mundo, Mario Savino¹³⁸ afirma que «no tiene que causar un daño importante a un interés destacado público o privado», por lo cual «es factible [solo...] cuando ninguno de las excepciones resulta aplicable».

4.9.3. La información pública objeto de publicidad activa

La norma debería establecer las categorías de información que hay que poner a disposición del público, y definir de forma expresa determinados ámbitos de transparencia reforzada, junto a sus contenidos concretos¹³⁹.

¹³⁸ SAVINO, Mario, Informe Sigma núm. 46, *El acceso a la información pública en Europa*, OCDE, 2010

¹³⁹ Los contenidos que tendrían que ser objeto de la publicidad activa son: organigrama, estructura y funcionamiento; programación, objetivos, resultados y memoria anual; agendas de los altos cargos; declaraciones de bienes y actividades de los servidores públicos; acuerdos y actas de los órganos colegiados; financiación, gasto público, ejecución presupuestaria y actividad de control interno para la intervención; gestión patrimonial; procedimientos selectivos; contratos; subvenciones; convenios, pactos o acuerdos, interadministrativos o suscritos entre la Administración y los administrados, ya sean de colaboración o tengan otro

Como la publicidad que implica esta modalidad de transparencia constituye una obligación de carácter positivo para los poderes públicos, es importante que la Ley enumere inequívocamente la información afectada.

La relación que deberá hacer la ley de transparencia puede adoptar sistematizaciones variadas y formas diversas¹⁴⁰.

En cuanto a la exhaustividad de la relación, conviene dejar la puerta abierta a que cada poder público, en ejercicio de sus atribuciones y según los principios que inspiran la ley de transparencia, pueda ampliar aún más las informaciones objeto de publicidad activa, inspirándose, por ejemplo, en el criterio arriba mencionad de la frecuencia con la que se solicitan determinadas informaciones en ejercicio del derecho de acceso.

También conviene determinar el estándar mínimo de calidad de la información exigible¹⁴¹. Un aspecto especialmente sensible es el de la actualidad de la información. Conviene exigir unos plazos de actualización y que su incumplimiento implique la exigencia de responsabilidades¹⁴².

En este sentido, sería conveniente que la autoridad independiente encargada de velar por el derecho de acceso estuviera habilitada para requerir a las autoridades el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, ya sea de oficio o mediante denuncia.

4.9.4. Medios electrónicos

La difusión activa de información pública de interés general se instrumenta fundamentalmente por medios electrónicos, ya sea a través de los llamados «portales electrónicos de transparencia», ya sea aprovechando la sede electrónica de cada organismo público, entre otros canales telemáticos. Ciertamente, la enorme expansión del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, fruto de un auténtico «estallido de datos», facilita la labor de

objeto; control externo y auditoría; quejas y peticiones; información sobre normativa: orientación sobre cómo participar o hacer aportaciones a los procesos normativos, exponiendo los proyectos en tramitación y toda la documentación que los acompañe; estadísticas; circulares, órdenes y directrices internas.

¹⁴⁰ Vid. art. 10 Ley 29/2010; art. 6.3 Ley 11/2007; art. 4 a 8 Proyecto de Ley del Estado.

¹⁴¹ Vid. art. 9 Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña.

¹⁴² Vid. apartado 4.8.2.2. del presente estudio.

difusión proactiva de información pública, que origina el fenómeno conocido como *open data*.

La principal finalidad del *open data* es la transparencia, aunque también permite responder a las necesidades de reutilización de la información y a las posibilidades económicas potencialmente asociadas con esta. Al mismo tiempo, el *open data* abre nuevos canales de participación y de colaboración de la ciudadanía con los poderes públicos.

La Oficina está plenamente convencida de los efectos beneficiosos que puede tener el *open data* para las exigencias de transparencia, y anima a nuestros decisores públicos a seguir profundizando en sus posibilidades, tomando como referente modelos de éxito contrastado como el británico¹⁴³.

4.9.5. Publicidad de las sesiones

En el apartado 3 de este trabajo hemos comprobado que existen varias normas en nuestro ordenamiento jurídico que prevén que determinadas actuaciones en las que se manifiesta el ejercicio del poder tengan carácter público.

La transparencia y el acceso a la información, como ya se ha expuesto reiteradamente a lo largo del presente estudio, no solo hacen referencia a poder conocer un documento o un registro, sino a la posibilidad de observar y estar presentes en todas las sesiones que lleven a cabo los órganos públicos colegiados.

En derecho comparado, esta posibilidad es conocida y reconocida con el nombre de sesiones abiertas y consiste al habilitar para la ciudadanía un espacio institucional para que observe el proceso de toma de decisiones¹⁴⁴.

Hay que tener en cuenta que la mera comunicación o publicación del resultado de las sesiones, es decir, de las decisiones que se adoptan, no siempre resultará suficiente para juzgar con propiedad los motivos reales por los que se adoptaron. En estos casos, la satisfacción de la transparencia no puede esperar a conocer el resultado sino que debe avanzarse al momento del proceso de adopción de la decisión.

¹⁴³ <http://data.gov.uk/>

¹⁴⁴ En Estados Unidos, la *Government in the Sunshine Act*, de 1976, tuvo como objetivo proveer el acceso a las reuniones de las agencias federales.

En la República Argentina, el Decreto 1172/2003 de acceso a la información pública contiene un anexo VII relativo al Reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos.

A juicio de la Oficina, este principio de reuniones abiertas al público debería generalizarse en nuestras instituciones y habría que reducir a la mínima expresión los casos en los que se permiten las reuniones secretas, incluso en los órganos de carácter político.

La regla general debería ser la del carácter público de las sesiones. Solo deberían mantenerse en secreto aquellas en las que los temas tratados coincidieran con los que la ley de acceso a la información hubiera calificado de excepciones o límites al derecho de acceso.

Por último, propugnamos que sea de libre acceso el contenido íntegro de las actas en las que se documenta la sesión, sin más restricciones que las que puedan derivarse de la aplicabilidad de alguna de las excepciones previstas a la ley de acceso a la información pública. La misma ley de transparencia debería fijar un plazo breve –no superior a 10 días– para que las actas se publicaran en internet y estuvieran a la vez a disposición de cualquier persona que las solicitara, sin que dicho plazo tenga que quedar condicionado por el trámite de aprobación del acta.

4.10. La ley de transparencia como norma supletoria y de mínimos

La vocación de toda ley de transparencia y acceso a la información pública es claramente transversal, dado que no está concebida para disciplinar únicamente sectores concretos de la realidad sino para hacerlo con carácter general, lo cual sirve como norma de referencia en la materia.

Sin embargo, como norma, la ley de acceso a la información pública se integrará en el ordenamiento jurídico y tendrá que convivir con otras normas sectoriales en ámbitos materiales concretos que pueden contener previsiones en relación con el deber de transparencia de cada una de estas materias.

La coherencia del sistema de transparencia puede venir de la mano de la técnica de la norma supletoria: sería recomendable que la ley de transparencia reconociera expresamente la propiedad de la supletoriedad general y estableciera que sus previsiones resultarán aplicables en todo lo que no prevean las demás normas específicas.

En este sentido, la disposición adicional primera del Proyecto de Ley del Estado prevé de forma expresa que «[e]s regirán por su normativa específica, y por esta

ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información»¹⁴⁵.

La aplicabilidad directa de las normas de transparencia previstas en las leyes sectoriales no debería servir de pretexto para rebajar el estándar de garantía de la transparencia que dispense la ley de transparencia, que ha de concebirse como «norma de mínimos». Únicamente, en los ámbitos objeto de las limitaciones previstas en la propia ley de acceso, resultaría admisible que la legislación específica fuera más restrictiva¹⁴⁶.

¹⁴⁵ En sentido similar, *vid.* la disposición adicional séptima de la Ley Foral 11/2012.

¹⁴⁶ Sería el caso, por ejemplo, de la normativa relativa a los secretos oficiales, entre otros.

5. Conclusiones

En este último epígrafe ponemos a disposición de la persona lectora una síntesis del presente estudio.

Dividimos nuestras conclusiones en dos subapartados: en el primero, que hemos llamado *decálogo*, se ha intentado condensar en diez ideas clave los principios que inspiran estas conclusiones, a juicio de la Oficina Antifraude de Cataluña, y que, en consecuencia, deberían hallar reflejo en todo sistema de transparencia; en el segundo, dedicado a las conclusiones generales y recomendaciones, se puede encontrar un resumen del estudio dirigido a sintetizar el posicionamiento técnico de la Oficina sobre cuáles deberían ser los contenidos de toda norma que tenga por objeto la regulación del derecho de acceso a la información. En este subapartado también ofrecemos algunas recomendaciones destinadas a ayudar a los futuros legisladores sobre la materia y a los decisores públicos en general tanto en el momento de generar las normas como después a la hora de aplicarlas.

La Oficina Antifraude de Cataluña efectúa sus indicaciones con el pleno convencimiento de que ahora es el momento idóneo para que la transparencia, fundamentada en el derecho de acceso a la información pública, tenga el reconocimiento legislativo que hasta ahora se le había negado y pase a formar parte integrante y definitiva de nuestra cultura jurídico-pública, como instrumento de buen gobierno al servicio de la democracia.

5.1. Decálogo

1. **Buena gobernanza.** La transparencia no es un fin en sí mismo. Es un instrumento: permite que una ciudadanía muy informada pueda participar en los asuntos públicos y ejercer un control saludable exigiendo la rendición de cuentas. Al mismo tiempo, el efecto disciplinador que produce sobre los decisores públicos el ser conscientes de que lo que hacen podrá ser observado contribuye a prevenir la corrupción.

2. **Derecho a saber y principio democrático.** El acceso a la información pública es un auténtico derecho público subjetivo. La información es poder. El conocimiento de que disponen nuestros poderes públicos en el ejercicio de sus funciones interesa a todo el mundo: del pueblo emanan los poderes públicos. Y, por este motivo, la información que estos manejan (poseen) –por haberla generado o por haberla recibido en el ejercicio de sus funciones– nos interesa a

todos, y tenemos el derecho a conocerla. Puede haber secretos pero son la excepción.

3. Concienciación colectiva. La ley de acceso a la información deberá comportar una verdadera revolución en la cultura administrativa del secretismo. Para ello hará falta que tanto las autoridades y los funcionarios llamados a aplicarla como sus beneficiarios «se la crean». Se constata la necesidad de un plan formativo dirigido a los servidores públicos y de campañas de divulgación entre la ciudadanía.

4. Principio de legalidad. Su protección tendrá que llevarse a cabo mediante una ley específica que no debería dejar al margen a ningún poder del Estado.

5. Información pública. La información no se puede entender reducida a los documentos o contenidos que sean directamente explotables por hallarse en un soporte; también debe incluir todos los datos de interés público, aunque para liberarlos haga falta un trabajo previo de reelaboración (búsqueda, recopilación, sistematización, refundición, deducción o análisis).

6. Gestión de la información. La transparencia pública se apoya necesariamente sobre un sistema documental de archivos. La organización de los archivos deberá permitir localizar la información con criterios de homogeneidad e interoperabilidad.

7. Sistema de excepciones relativas. Como excepción a la regla general, las sociedades democráticas pueden limitar, por ley y por un tiempo definido, el acceso a informaciones que puedan causar un perjuicio (a la seguridad pública, a los datos de carácter personal, a investigaciones criminales, a los procesos de toma de decisiones...). En la aplicación de estas limitaciones siempre habrá que ponderar los intereses en juego para determinar si en el caso concreto debe prevalecer el acceso a la información sobre el secreto.

8. Publicidad activa. Los poderes públicos, sin necesidad de solicitud, deberán poner a disposición de todo el mundo información de interés público de calidad, pertinente, aprovechable y actualizada. Cuanto mayor sea la cantidad de información que se ponga a disposición del público por esta vía menor será la necesidad de que la ciudadanía tenga que formular solicitudes concretas.

9. Principio de garantía procedimental. Toda solicitud de acceso debe ser resuelta de forma expresa, con prontitud y sin coste para la ciudadanía. La ley deberá garantizar la audiencia de terceras personas implicadas a fin y efecto de que la ponderación tenga en cuenta sus derechos o intereses. La ausencia de respuesta expresa debería tener valor estimatorio (silencio positivo).

10. Principio de tutela y especialización. La ley debe prever un sistema de reacción eficaz para el caso en que sea denegado el acceso a la información pública. Conviene encomendar la tutela del derecho a un organismo independiente que tenga atribuidas funciones de control, como facultades decisorias en fase de impugnación o de recomendación y persuasión. La Oficina Antifraude de Cataluña es una institución específicamente dirigida a preservar la transparencia y la integridad de las administraciones y del personal al servicio del sector público en Cataluña.

5.2. Conclusiones generales y recomendaciones

I. Aspectos generales

Objeto de la Ley.- Esta oficina entiende que la ley de transparencia solo debe tener por objeto el derecho de acceso a la información pública y la transparencia activa. Por lo tanto, no tiene que cubrir materias como el buen gobierno o los compromisos éticos que, si bien pueden tener cierta relación en alguno de sus contenidos, responden a otra finalidad y, a menudo, tienen un ámbito de aplicación diferente.

Como recomendación de carácter sistemático, convendría que la Ley reguladora empezara reconociendo el derecho de acceso a la información (título/capítulo I). La transparencia, en puridad, no es sino el instrumento para hacer efectivo este derecho.

Titularidad.- En atención al principio de máxima accesibilidad, hay que reconocer la titularidad del derecho de acceso a la información pública con carácter universal, por lo que lo tienen que poder ejercer todas las personas; físicas y jurídicas, privadas o públicas, y con independencia de su vinculación política de ciudadanía, nacionalidad o vecindad.

Por coherencia con una interpretación favorable al derecho, hay que subrayar la improcedencia de la exigencia por parte de las autoridades de la posición subjetiva cualificada del solicitante (interés legítimo), ni de la justificación de las razones que motivan la solicitud de información. Incluso, en determinados supuestos, debería resultar innecesaria la identificación del solicitante.

Sujetos obligados.- El mismo principio de accesibilidad máxima requiere también que el derecho de acceso a la información pública se pueda ejercer, salvo determinadas excepciones, ante cualquier poder público.

A tal efecto, conviene concebir el sector público, en primer lugar, como el conjunto de autoridades que componen el poder ejecutivo: las administraciones públicas y sus entes dependientes, los órganos con reconocimiento estatutario o constitucional, aquellos otros que tengan encomendadas funciones de regulación, supervisión y/o control, y los órganos de gobierno (en este último caso, quedan obligados tanto en el ejercicio de su actividad administrativa, como en las acciones políticas ya definidas o programadas).

En segundo lugar, la deseable transversalidad de la ley de acceso a la información debe abarcar también a los poderes legislativo y judicial. Así, el concepto de sector público tiene que comprender por igual la actividad material y administrativa desarrollada tanto por el poder judicial (lo que se conoce como «administración de la Administración de justicia») como por el poder legislativo, esto es, en materia de personal, administración y gestión patrimonial. Hay que añadir como sujeto obligado el Consejo General del Poder Judicial. De igual forma, la actividad legislativa, estrechamente vinculada al interés general, debe poder ser accesible sin restricciones.

En cambio, se suscita más controversia en el entorno de las informaciones que se generan en el ejercicio de la función jurisdiccional (Administración de justicia). En relación con esta función propia del poder judicial, conviene distinguir dos momentos: la información disponible en el curso de tramitación de los procedimientos judiciales, que se halla sujeta al régimen especial previsto en los artículos 235 y 266 de la LOPJ, que exige la concurrencia de un interés legítimo para el acceso; y las informaciones contenidas en los procedimientos judiciales finitos (información archivada y resoluciones judiciales), que sí que deberían quedar sometidas al régimen general de acceso a la información pública y, por lo tanto, desvinculadas de cualquier requisito de legitimación, teniendo en cuenta las obligaciones de publicidad activa y las posibilidades de reutilización que tienen por objeto esta misma información.

Está ampliamente consensuada la inclusión, también en el ámbito subjetivo de las normas reguladoras del derecho de acceso a la información pública, de las

personas prestadoras o proveedoras de servicios públicos, o que ejercen funciones públicas o potestades administrativas, en cuanto a la información que se genera en el seno de estas funciones estrictamente públicas, desarrolladas por estas (prestacionales o administrativas). Sin embargo, constatamos que en el estado español las iniciativas normativas en materia de acceso a la información pública atribuyen a estos sujetos privados una aplicación subjetiva de la norma diferenciada de los demás sujetos obligados, dado que el deber de facilitar información del prestador del servicio público o contratista solo deberá cumplirse ante la Administración, organismo o ente con el que aquel sujeto privado esté vinculado, y no directamente ante el solicitante de la información.

Incluso varios estados de Europa han acogido en sus normas respectivas sobre acceso a información pública la necesidad de hacer transparente la actividad que, pese a ser realizada por sujetos privados, haya sido subvencionada o de alguna forma financiada con fondos públicos. En estos casos, solo se podrán exigir los deberes de transparencia y acceso a informaciones de interés público en cuanto a las actividades privadas financiadas con fondos públicos. En este sentido, corresponde al legislador valorar la conveniencia de incluir los partidos políticos y los sindicatos entre los sujetos obligados.

Objeto del derecho.- Es «información pública», a los efectos de una ley reguladora de la transparencia y del derecho de acceso, la que se encuentra en poder de cualquiera de los sujetos obligados, con independencia de que estos la generen, la reciban o la incorporen por cualquier vía.

Algunas normativas, sin embargo, aluden al término «documentos» o «documentos públicos» para referirse al objeto del derecho; esta terminología solo resulta admisible si se define con el mismo concepto que se atribuye a la «información pública».

Sobre este tema, consideramos esencial que la norma se esfuerce por determinar los datos que se deben entender integradas en el concepto y, a la vez, delimite con esmero las posibles exclusiones, que quedarían al margen del derecho de acceso:

Se debe garantizar el acceso no solo a los datos documentados, sino también a los que no se hallan materializados en ningún soporte concreto: el hecho de que la obtención y posterior entrega no puedan hacerse directamente y requieran de los sujetos obligados un trabajo previo de búsqueda, recopilación, sistematización, refundición, deducción o análisis (lo que ha sido identificado con el término de «reelaboración»), no puede constituir impedimento para su presentación a la ciudadanía.

Por el contrario, hay que excluir del derecho aquellas solicitudes de informaciones «a la carta» o «a demanda», en la medida en que requieren un trabajo completo de elaboración *ad hoc* por parte de la autoridad pública y, por lo tanto, significan que el solicitante obtenga un asesoramiento, una orientación o una opinión que no se corresponden con los principios de transparencia de los poderes públicos.

Por otro lado, una tendencia generalizada tanto en la normativa como en la doctrina sobre transparencia y derecho de acceso es la exclusión del concepto de información pública de los datos o los documentos que todavía no están acabados (borradores), en tanto en cuanto no incorporan ninguna manifestación de expresión humana perfeccionada y constituyen por tanto información inexistente.

Por último, cuando la información haya sido generada u obtenida con vocación de ser conocida por la sociedad o por determinados destinatarios (información de «carácter externo») no resulta cuestionable el ejercicio del derecho de acceso.

Ahora bien, suscita controversia admitir un interés público para acceder a aquella otra información que, al constituir un antecedente de la anterior, tenga carácter preparatorio, auxiliar o de apoyo (opiniones, comunicaciones o informes internos). En este punto, y en contra de las propuestas normativas de nuestro entorno inmediato, desde la Oficina entendemos que los efectos internos o externos con los que ha sido obtenida o generada la información no alteran *per se* la naturaleza de información de interés público que, en ambos casos, puede estar presente, de tal manera que promover una visión del derecho de acceso limitada en todo caso al «documento final» supondría una restricción no justificada. De lo anterior se desprende que tiene que ser posible facilitar el acceso a la documentación «interna», que, aun así, podría verse limitado en supuestos en los que, previa ponderación, se justifique motivadamente que el acceso puede condicionar, comprometer o perjudicar gravemente el mismo proceso de toma de decisiones finales.

Límites al derecho de acceso.- La selección y ponderación adecuadas de las limitaciones al derecho de acceso son elementos críticos.

El derecho de acceso a la información pública debe ser considerado la regla general, por lo que, cualquier ámbito de excepción o limitación del derecho debe quedar establecido, a modo de lista cerrada, de forma expresa y por una norma con rango de ley que motive y fundamente su previsión en razones objetivas.

Igualmente, en la definición de las limitaciones del derecho, es exigible el uso de términos claros que eliminen cualquier duda interpretativa en favor de la concreción del supuesto que se exceptúa, lo cual obliga al legislador a evitar

emplear conceptos ambiguos o indeterminados (como «intereses económicos y comerciales» o «política económica»).

En el momento de aplicar las limitaciones previstas, hará falta, en primer lugar, interpretar los supuestos descritos de forma restrictiva, y después –teniendo en cuenta que cualquier limitación debe ser entendida con carácter relativo–, no solo se tendrá que evaluar necesariamente el daño que el acceso podría originar al bien jurídico protegido por la excepción (test del daño) sino que, además, habrá que ponderar que la lesión a los intereses protegidos sea superior al interés público prevalente en el acceso a la información (test de la ponderación).

En última instancia, conviene tener presente que cualquier limitación debe ser aplicada durante el tiempo que estrictamente requiera la protección del bien, y ateniéndose, en todo caso, al principio de proporcionalidad.

La privacidad, mediante la protección de los datos de carácter personal, constituye la excepción más comúnmente alegada para denegar el acceso a la información. Sin embargo, la normativa de protección de datos tiene que suponer un apoyo activo y no un obstáculo para otros intereses legítimos básicos como es el de la transparencia.

Los legisladores, en los casos en los que entre los datos solicitados aparezcan datos de carácter personal, parecen optar por presumir el daño. No obstante, es necesario, en términos generales, que los sujetos obligados ponderen (y motiven), caso por caso, cuáles de los intereses implicados (datos personales – derecho a saber) resulta prevalente.

Sin embargo, en relación con los datos especialmente protegidos (datos sensibles), las actuales propuestas normativas parecen omitir la exigencia del test de ponderación y convierten así la aplicación de la limitación en una excepción absoluta «cualificada»; esta Oficina entiende, en cambio, que, pese a la especial protección de los datos sensibles, estos deben pasar igualmente por el test de la ponderación, porque también aquí puede concurrir un interés público superior respecto a su acceso.

En última instancia, y en relación con los datos referidos al ejercicio de las funciones propias de los poderes públicos, el régimen de protección de datos exceptúa su tratamiento del requerimiento de consentimiento de la persona interesada, por lo cual no deberían suponer ninguna limitación al ejercicio del derecho de acceso, salvo que contengan también datos personales sensibles o especialmente protegidos, lo cual requerirá la oportuna ponderación previa.

Así pues, podemos afirmar que no hay una auténtica necesidad de regular la protección de los derechos de los titulares de los datos de carácter personal de manera diferenciada a las demás limitaciones al derecho de acceso a la

información, puesto que basta incluir esta protección, como una más, en la relación de las limitaciones (relativas) que establezca la ley reguladora del derecho de acceso a la información pública.

El acceso parcial a la información solicitada.- En virtud del principio de máxima transparencia y accesibilidad, las técnicas de disociación o anonimización de datos están llamadas a ser herramientas idóneas para garantizar el acceso parcial a la información solicitada en los casos en los que se concluye que el derecho a la privacidad o a cualquier otra de las limitaciones del derecho de acceso no afecta a la totalidad de la información.

Únicamente podrá ser rechazado el acceso parcial en los supuestos en los que comporte una información engañosa o carente de sentido, o bien suponga una carga manifiestamente irrazonable para el sujeto obligado. Ambas circunstancias deben ser probadas por la autoridad pública, que tendrá que tener en cuenta, a tal efecto, que la carga «irrazonable» tiene que ser flagrante o evidente y deberá hacer referencia al trabajo de supresión de información, no al volumen ni a la complejidad de la información inicialmente solicitada.

Ante la eventualidad de que el acceso parcial pueda no satisfacer el interés de la persona solicitante de la información pública, sería recomendable que el sujeto obligado concediera, antes de la resolución, el oportuno trámite de audiencia. En cualquier caso, y antes de resolver una eventual desestimación completa de la solicitud, la autoridad pública debería adoptar ciertas medidas, como por ejemplo consultar con el titular de los intereses protegidos por la limitación aplicable, para intentar conseguir su consentimiento, o estudiar todas las posibles alternativas en la denegación total y, en última instancia, explicar en detalle los motivos de la denegación.

II. Garantías procedimentales

Solicitud.- La solicitud de acceso a la información se debe tratar desde el punto de vista del principio de antiformalismo, por lo cual se tendrían que admitir solicitudes formuladas oralmente.

En este mismo sentido, la presentación de la solicitud se debe poder efectuar por cualquier medio, siempre que permita dejar constancia de su contenido. En la medida en que no siempre será posible que el solicitante conozca la autoridad que ha elaborado o posee la información que solicita, que, además, puede encontrarse en manos de más de una autoridad o sujeto obligado, los principios de coordinación, interoperabilidad administrativa, antiformalismo del procedimiento administrativo, ventana única e *in dubio pro actione* impiden

poderle exigir que presente la petición a la entidad o unidad concreta que posee la información. En consonancia, la norma deberá prever mecanismos de colaboración administrativa para garantizar la derivación de las solicitudes a los órganos que efectivamente dispongan de la información.

Ante cualquier defecto que se pueda advertir en los requisitos y los contenidos preceptivos de la solicitud, el sujeto obligado tiene que conceder al solicitante un plazo de enmienda de la solicitud imprecisa o incompleta. En el caso de que, una vez transcurrido este plazo, no se haya producido la enmienda, habrá que archivar la petición por desistimiento.

Teniendo en cuenta que las causas de inadmisión de las solicitudes abocan el sujeto obligado a tener que decidir, motivadamente, la ausencia de inicio del procedimiento resolutorio de la petición de acceso, el legislador deberá ser especialmente cuidadoso a la hora de fijar los motivos que justifiquen estos supuestos y distinguirlos de cualquiera de las limitaciones o excepciones al derecho de acceso. En este sentido, la ley reguladora del derecho de acceso a la información debería ceñir las causas de inadmisión:

- (i) supuestos de exclusión del concepto de información pública;
- (ii) caso en el que, a pesar de haber requerido al solicitante que enmiende la petición por falta de concreción suficiente en la identificación de la información que se solicita, la determinación de la información objeto de la solicitud continúe siendo excesivamente general;
- (iii) a solicitudes que, por su carácter manifiestamente irrazonable o repetitivo, incurran en abuso del derecho y contravengan la finalidad misma de transparencia del derecho de acceso. En este caso, la carga de prueba corresponde a la autoridad que la invoca.

En ningún caso podrá ser motivo de inadmisión dirigir la solicitud a un órgano que no posee la información que se solicita.

Audiencia.- En coherencia con la normativa general reguladora de los procedimientos administrativos, y dada su especial trascendencia en la materia, la norma debería prever la concesión de un trámite de audiencia a terceros, titulares de derechos e intereses que puedan verse afectados por el acceso solicitado, en un plazo razonable, no superior a 15 días hábiles, que suspenderá el plazo para resolver.

Este trámite podría exceptuarse tan solo cuando el número excesivo de personas interesadas desaconsejara, por motivos de eficacia y eficiencia debidamente justificados, su cumplimiento.

Resolución.- A fin y efecto de determinar los órganos o las unidades administrativas competentes para dictar resolución en el procedimiento de solicitud de acceso a información pública, la norma debería procurar, en primer término, que las competencias para resolver abarquen a todos los entes que integran el ámbito subjetivo de la propuesta normativa, y no solo a las administraciones públicas.

Habría que respetar la autonomía organizativa de la Administración local, las universidades y los poderes legislativo y judicial.

En relación con los entes privados incluidos en el ámbito subjetivo, hay que aclarar las relaciones competenciales que se establecerán entre estos y los sujetos obligados con los que se relacionen.

En el supuesto de que la ley de acceso optara por configurar órganos o unidades *ad hoc* especializadas en la resolución de las solicitudes, habrá que prestar especial atención a la concreción de su ámbito de actuación competencial, especificando las funciones y las competencias, de acuerdo con criterios objetivos y claros.

El Convenio del Consejo de Europa núm. 205 impone el deber de atender con prontitud las solicitudes de acceso a información. El marco del derecho comparado aconseja no fijar, en ningún caso, un plazo para resolver y notificar la resolución superior a 30 días hábiles.

En cualquier caso, el establecimiento de un plazo inicial para la resolución no impide la posibilidad de prever expresamente una prórroga en supuestos de dificultad especial, que tendrá que motivar suficientemente el sujeto obligado (documentación voluminosa u obtención de información que requiere una investigación previa).

La decisión motivada de prórroga deberá ser adoptada, y notificada a la persona interesada antes de que expire plazo inicial.

La ley de acceso a la información pública deberá prever expresamente que la resolución estimatoria, ya sea parcial o total, comporta, en el mismo acto y en el mismo momento de su notificación el cumplimiento del deber de facilitar el acceso efectivo a la información solicitada, deber que puede ser exceptuado tan solo en determinados supuestos en los que se justifique suficientemente la necesidad de aplazar la entrega de la información a un momento posterior al de la notificación de la resolución, en consideración a determinadas circunstancias (en esencia, los supuestos de estimación por silencio positivo).

En cambio, la eventual oposición del tercero a la entrega de la información no debería condicionar bajo ningún concepto el aplazamiento del acceso inmediato a la información: lo contrario supondría alterar el principio de eficacia inmediata de los actos administrativos.

En la medida en que la denegación significa un acto desfavorable o restrictivo del ejercicio de derechos subjetivos, cualquier decisión denegatoria de acceso, total o parcial, deberá estar suficientemente fundamentada en alguno de los límites al derecho de acceso a la información.

El deber de motivación solo quedaría exceptuado cuando en la resolución se hiciera constar que la indicación de la existencia (o no) de la información solicitada pueda suponer incurrir en alguna de las limitaciones del derecho de acceso.

Dentro del plazo legal para resolver, la resolución se debe notificar a las personas interesadas, es decir, al solicitante y también a cualquier otra tercera persona cuyos derechos o intereses puedan resultar afectados por la decisión.

La notificación debe hacer constar las posibilidades de impugnación del acto, especificando los órganos y plazos al efecto.

El sentido del silencio en los supuestos de ausencia de resolución expresa.- Aunque el deber inexcusable de resolver y notificar la resolución dentro del plazo legalmente establecido recae sobre los sujetos obligados, para los supuestos en qué este se vulnere, defendemos que el sentido del silencio debería ser positivo.

La afirmación es consecuente tanto con el principio de máxima accesibilidad que inspira el derecho de acceso como con la regla general que el ordenamiento jurídico-público prevé para los casos de ausencia de resolución expresa.

Como justificación de fondo de esta solución, hay que destacar que la ausencia de resolución determina la inexistencia de una ponderación entre los intereses en juego, por lo que todos tendrían que situarse en un mismo nivel, sin que sea admisible emplear el silencio negativo como herramienta de tutela de unos intereses (de los terceros) frente al interés en el acceso a la información pública, y más cuando la audiencia al tercer interesado ha significado ya una garantía de sus derechos o intereses.

Gratuidad.- Conviene que la norma prevea la gratuidad del ejercicio del derecho de acceso, si bien se puede facultar a la autoridad para exigir una contraprestación económica en los casos en que tenga que expedir copias de los

documentos originales, o bien tenga que llevar a cabo una transposición de los formatos originales disponibles.

El valor de esta contraprestación no debe superar nunca el coste del servicio.

III. Garantías sustantivas

Autoridad de tutela.—Una tutela adecuada del derecho de acceso a la información impone que el legislador establezca los mecanismos de control oportunos que aporten garantías reforzadas tendentes a la aplicación correcta de la ley de acceso, sin perjuicio de la tutela judicial ulterior.

A la hora de definirlos, hace falta que el legislador tenga presentes tres grandes modelos de protección que, de acuerdo con el derecho comparado, se plantean como posibles:

- (i) los tribunales administrativos, que representan una vía de impugnación sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios, que deben resolver los órganos de carácter administrativo y colegiados, y los especializados en una materia (la transparencia, en nuestro caso); un ejemplo sería la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, regulada en el artículo 21 del Proyecto de Ley del Estado—;
- (ii) los *ombudsmen*, entes públicos externos a las administraciones públicas que proporcionan una tutela difusa que, sin implicar la revisión de actos administrativos concretos, se fundamenta en el control externo de la actuación pública basado en la persuasión o la recomendación — potestad indicativa—;
- (iii) y el arbitraje administrativo impuesto por ley, en el que un tercero, externo a los poderes públicos, decide la controversia entre la persona que solicita la información pública y el sujeto obligado por la ley de acceso. Este es también un medio alternativo a la resolución de los recursos administrativos ordinarios, previo a la jurisdicción.

Mientras que los modelos 1 y 2 no se excluyen mutuamente, sino que son complementarios y pueden, por lo tanto, ser activados de forma simultánea o paralela, porque responden a finalidades diferentes, el uso del modelo de arbitraje, en cambio, en cuanto que supone externalizar a un tercero la facultad de *imperium* de revisar los actos administrativos, se desaconseja.

De hecho, se recomienda recurrir a modelos de tutela mixtos para paliar las carencias que la aplicación de cada uno de los modelos puede generar en la mayoría de entes o autoridades existentes.

El otro factor que hay que tener en cuenta para definir el sistema de tutela que se quiera adoptar son las instituciones y los órganos susceptibles de ejercer las funciones tutelares del derecho. En cualquier caso, la autoridad elegida debe cumplir unas características o presupuestos indispensables para la tutela adecuada de la transparencia:

- (i) independencia o autonomía funcional, aunque no orgánica ni jerárquica;
- (ii) asunción de facultades de control o tutela, ya sean revisoras o resolutivas, o bien indicativas;
- (iii) especialización en materia de transparencia; y
- (iv) celeridad y gratuidad en los procesos que materializan el ejercicio de las funciones encomendadas en cada caso.

En la medida en que las razones de oportunidad en el actual contexto económico aconsejan descartar asignar la función de control del derecho de acceso a un ente u organismo de nueva creación, el legislador deberá llevar a cabo una labor de análisis de las instituciones públicas existentes cuyas características y competencias, cuando se haya acreditado previamente que cumplen las características básicas que requiere la tutela de la transparencia, puedan encajar mejor en las funciones de control que se pretendan garantizar.

Tanto el Síndic de Greuges como la Oficina Antifraude de Cataluña disponen, hoy, de claras potestades de control, otorgadas por las leyes de regulación respectivas. Sin embargo, el Síndic de Greuges proyecta su actuación sobre el conjunto de derechos y libertades reconocidos a la Constitución y el Estatuto, mientras que la Oficina Antifraude lo hace específicamente en el ámbito de la transparencia.

Asimismo, la asunción de potestades revisoras, con fuerza ejecutiva, de decisiones sobre el acceso a información pública, podría plantear problemas en el caso de un *ombudsman*, dado que solamente se le reconocen potestades indicativas en las materias objeto de su tutela, y habida cuenta de su plena integración en la estructura parlamentaria.

En cualquier caso, y puesto que la implementación del sistema pasará necesariamente por una modificación de la legislación reguladora de la institución afectada, habría que valorar la conveniencia de prever la atribución expresa de ambas funciones, indicativa y revisora, en favor de un único organismo.

Régimen sancionador.- El incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública debe tener como consecuencia

jurídica la responsabilidad correlativa de la persona infractora, ya que la respuesta sancionadora, toda vez que contribuye a la reafirmación del ordenamiento jurídico, satisface además las necesidades de prevención general y especial.

Protección del whistleblower.- El régimen de transparencia y acceso a la información debería complementarse con el desarrollo normativo necesario para otorgar un marco de protección adecuado que constituya una alternativa segura al silencio para las personas dispuestas a denunciar conductas que atenten contra la integridad.

Publicidad activa.- La acción de difusión proactiva de información por parte de los poderes públicos produce un efecto inversamente proporcional al ejercicio del derecho de acceso de la ciudadanía. Esto es, cuanta más difusión de iniciativa propia, menos necesidad tendrá la ciudadanía de ejercer el derecho de acceso.

El régimen relativo al ámbito subjetivo, los destinatarios y las limitaciones aplicables a la información pública objeto de publicidad activa debe coincidir con el del derecho de acceso.

Corresponde al legislador determinar de manera bastante amplia cuáles serán los contenidos que de forma preceptiva deberán ser objeto de publicidad activa.

Convendría que la ley previera la publicación de aquellas informaciones públicas que hayan sido solicitadas con más frecuencia por la ciudadanía.

6. Anexo

	Antep. Ley Gobierno socialista (septiembre 2010) <i>Transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública</i>	Prop. Ley orgánica Grupo Parlamentario Mixto (abril 2011) <i>Principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública</i>	Prop. Ley Grupo Parlamentario Popular (julio 2011) <i>Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno</i>	Antep. Ley Gobierno socialista (julio 2011) <i>Transparencia y acceso a la información pública</i>	Gobierno de España (septiembre 2012) <i>Proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno</i>	Ley Foral Navarra (junio 2012) <i>Ley de la transparencia y del gobierno abierto</i>
Naturaleza del derecho de acceso	No dcho. fundamental. De configuración legal. Asociado con el ppo. constitucional de publicidad. Es una «práctica de buen gobierno».	Dcho. fundamental (basado en art. 19 DUDH). Mandato al Gobierno para que elabore proyecto de LO reguladora de la transparencia de las adm. públicas y del acceso a la información pública.	No dcho. fundamental. De configuración legal.	No dcho. fundamental. De configuración legal. Asociado con el principio. constitucional de publicidad. Es una «práctica de buen gobierno»	No dcho. fundamental. De configuración legal.	No dcho. fundamental. De configuración legal.
Titularidad del derecho de acceso	Todas las personas. No hay que motivar solicitud.	Cualquier persona. No hay que motivar solicitud.	Loa ciudadanos. No hay que motivar solicitud.	Todas las personas. No hay que motivar solicitud.	Todas las personas.	Cualquier ciudadano o ciudadana (con independencia de su nacionalidad, domicilio o sede). No hay que motivar solicitud.
Ámbito subjetivo aplicación (sujeto pasivo del derecho)	Poderes públicos, pero con matices respecto al procedimiento para el legislativo y judicial. Extensión a otros sujetos cuando presten servicios públicos o ejercen potestades admin.	Entidades públicas. Extensión a entidades privadas que se beneficien de ayudas o fondos públicos o que presten servicios públicos.	Administraciones públicas (también entidades de dcho. público vinculadas o dependientes cuando ejercen potestades admin.). Extensión a otros sujetos cuando presten servicios públicos. o ejercen potestades admin. Ámbito poderes legislativo y judicial: el acceso se rige por normas de organización y funcionamiento propias.	Gobierno, Administraciones públicas (también entidades vinculadas o dependientes con funciones de regulación o control externo), órganos del poder legislativo y de gobierno del poder judicial (respecto a actividades sujetas a dcho. administ.). Extensión a otros sujetos cuando presten servicios públicos o ejercen potestades admin.	Admin. públicas (AGE, comunidades autónomas, local). Entidades gestoras y servicios comunes SS. También entidades vinculadas o dependientes con funciones de regulación o control externo; univ. públicas; órganos del poder legislativo y de gobierno del poder judicial (respecto a actividades sujetas a dcho. adm.). Sociedades, fundaciones y asoc. públicas. Extensión a otros sujetos cuando presten servicios públicos o ejerzan potestades admin.	Administración pública (también organismos públicos vinculados o dependientes). Extensión a otras entidades o sujetos, públicos o privados, que presten servicios públicos. o ejercen potestades admin. o funciones públicas.

	Antep. Ley Gobierno socialista (septiembre 2010) <i>Transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública</i>	Prop. Ley orgánica Grupo Parlamentario Mixto (abril 2011) <i>Principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública</i>	Prop. Ley Grupo Parlamentario Popular (julio 2011) <i>Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno</i>	Antep. Ley Gobierno socialista (julio 2011) <i>Transparencia y acceso a la información pública</i>	Gobierno de España (septiembre 2012) <i>Proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno</i>	Ley Foral Navarra (junio 2012) <i>Ley de la transparencia y del gobierno abierto</i>
Ámbito objetivo aplicación	Información pública (elaborada o adquirida por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones). Excluye: inf. en curso de elaboración o publicación; inf. que requiere actividad de reelaboración previa; inf. auxiliar y de apoyo, incl. informes (no destinada al expediente). Remite a normativa específica: secretos oficiales; registros públicos; inf. sanitaria; otros con régimen legal propio.	Información pública (registrada en cualquier forma, elaborada o recibida y en posesión de entidades públicas).	Información pública (procede o se halla a disposición de poderes públicos en ejercicio de sus funciones). Excluye: documentación preparatoria de la actividad órganos admin. Remite a normativa específica: secretos oficiales; registros públicos; inf. sanitaria; otros con régimen legal propio.	Información pública (elaborada o adquirida en ejercicio de sus funciones públicas). Excluye: inf. en curso de elaboración o publicación; inf. que requiere actividad de reelaboración previa; inf. auxiliar y de apoyo, incl. informes (que no vaya a contener el expediente). Remite a normativa específica: secretos oficiales; registros públicos; inf. sanitaria; inf. tributaria; otros con régimen legal propio.	Información pública (contenidos o docs. elaborados o adquiridos en ejercicio funciones públicas y en poder de sujetos). Considera causas de inadmisión: inf. en curso elab. o public. gral.; auxiliar o de apoyo; si hace falta reelab. previa Remisión a normas proced. adm. por acceso interesados a procedimiento en curso. Remisión a regulaciones especiales. Supletoriedad ley en inf. ambiental, reutilización y archivos distintos a los de oficina o gestión.	Información pública (elaborada o poseída por la adm. pública). Se considera la de las entidades y sujetos por extensión si generada u obtenida en el ejercicio/para el ejercicio de su actividad pública. Excluye documentación preparatoria y datos no terminados (que no forme parte expediente admin.). Considera causas de inadmisión: consultas jurídicas; peticiones de informe; comunicaciones internas sin relevancia o interés público. Remisión a normativa legal específica. Supletoriedad gral. en materia acceso inf.
Excepciones	Sistema de excepciones relativas fijadas y limitadas temporalmente. Excepción absoluta si afecta a datos personales especialmente protegidos o que afecten a la vida privada. Previsto acceso parcial/anonimizado.	Otros dchos. fundamentales e intereses legítimos, legalmente fijados y que puedan prevalecer claramente en cada caso concreto.	Sistema de excepciones relativas. Excepción absoluta si afecta a datos personales especialmente protegidos o que afecten a la vida privada. Previsto acceso parcial/anonimizado.	Sistema de excepciones absolutas y relativas. No prevista limitación temporal. Excepción absoluta si afecta a datos personales especialmente protegidos o que afecten a la vida privada. No trámite a solicitudes abusivas. Previsto acceso parcial/anonimizado.	Sistema de excepciones relativas. Denegación si inf. contiene datos personales especialmente protegidos, salvo consentimiento o habilitación legal. Excepción relativa para otros datos personales. Previsto acceso parcial salvo que resulte inf. distorsionada o sin sentido.	Sistema de excepciones relativas fijadas y limitadas temporalmente. Excepción absoluta si afecta a datos íntimos o que afecten a la vida privada. Prevalece protección de datos en caso conflicto de dchos. Previsto acceso parcial/anonimizado.
Intervención de terceros	Deben ser consultados si solicitud afecta a sus dchos. o intereses.	---	No prevista.	Deben ser consultados si solicitud puede afectar a sus dchos. o intereses.	Deben ser consultados si la solicitud puede afectar a sus dchos. o intereses. Deben estar debidamente identificados. Su oposición suspende el acceso hasta firmeza resolución que concedía acceso.	Deben ser consultados si la solicitud afecta a sus dchos. o intereses, siempre que sus alegaciones puedan determinar sentido resolución.
Plazo para resolver solicitudes	Máx. 30 días ampliables a 30 más. Si silencio, se necesita solicitud confirmatoria (transcurridos 30 días desde esta, silencio positivo).	Mandato de celeridad.	Máx. 15 días ampliables a 15 más. Si silencio, se necesita solicitud confirmatoria (transcurridos 30 días desde esta, silencio positivo).	Máx. 1 mes ampliable a otro. Silencio negativo	Máx. 1 mes ampliable a otro. Silencio negativo.	Máx. 15 días ampliables a otros 15. Silencio positivo.

	Antep. Ley Gobierno socialista (septiembre 2010) <i>Transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública</i>	Prop. Ley orgánica Grupo Parlamentario Mixto (abril 2011) <i>Principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública</i>	Prop. Ley Grupo Parlamentario Popular (julio 2011) <i>Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno</i>	Antep. Ley Gobierno socialista (julio 2011) <i>Transparencia y acceso a la información pública</i>	Gobierno de España (septiembre 2012) <i>Proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno</i>	Ley Foral Navarra (junio 2012) <i>Ley de la transparencia y del gobierno abierto</i>
Gratuidad	Gratuidad <i>in situ</i> . Otros casos, posible tasa.	Gratuidad.	Gratuidad. Dcho. a consultar doc. presencialmente. Posible exacción.	El reconocimiento del derecho de acceso comporta el de obtener copias doc. Posible sujeción a tasa.	Gratuidad. Posible exacción por expedición copias o transposición formato original.	Gratuidad del acceso <i>in situ</i> . Otros casos, posible tasa.
Autoridad independiente	Reclamación potestativa ante autoridad de protección de datos (sustituye recurso reposición).	---	No prevista. Recursos administrativos y jurisdiccionales ordinarios.	No prevista. Recursos administrativos y jurisdiccionales ordinarios.	Reclamación potestativa ante Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios (sustituye recursos adm). Sus resol. se publicarán y se comunicarán al Defensor Pueblo.. Colab. con AEPD para la adopción conjunta de criterios interpret.de la excepción de protección datos personales. Memoria anual. Prevé que las comunidades autón. determinen un órgano independiente.	No prevista. Recursos administrativos y jurisdiccionales ordinarios. Queja ordinaria ante <i>ombudsman</i> . Reclamación ante adm. pública si entidades públicas por extensión.
Publicidad activa (transparencia)	Obligación genérica de facilitar información «cuya divulgación resulte de mayor relevancia para garantizar la transparencia de su actividad». Preferencia por los medios electrónicos. Publicación circulares, instrucciones... subrayando interpretación o aplicación derecho.	Obligaciones específicas: publicidad presupuestos y contabilidad empresas con participación pública; publicidad institucional; evaluaciones públicas; subvenciones; sindicatos y patronales; retribuciones cargos públicos; contratación adm.	Obligaciones específicas para admin. públ. (programación; participación en elaboración disp. gales.; contratos públicos; convenios colab.; concesiones servicios públ.; subvenciones; organigramas y cartas servicios; estadística; presupuestos y ejerc.). Previsión Portal Electrónico de Transparencia para AGE	Obligación genérica de facilitar inf. «cuya divulgación resulte de mayor relevancia para garantizar la transparencia de su actividad». Preferencia por los medios electrónicos. Obligaciones específicas para admin. públ.	Oblig. genérica de publicar periódicamente y actualizada inf. «cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia relac. con el funcionamiento y control actuación pública». Disp. específicas pueden prever régimen más amplio. Oblig. específicas para admin. públ. (inf. institucional y de relevancia juríd.) y para sujetos obligados por Ley (inf. económico presup. y estadística). Previsión de Portal de Transparencia (AGE).	Obligación genérica de difundir de forma permanente la inf. «más relevante para garantizar la transparencia de la actividad». Amplia lista de obligaciones específicas y fomento en ciertos ámbitos de gestión (contratos, concesiones, subvenciones, urbanismo). Previsión de sistema integral.
Contenidos adicionales	Mandato de formación al personal competente.	Medidas contra corrupción (inelegibilidad imputados; contratación adm.; incompatibilidades; despolitización OCEX y función pública; financiación partidos)	Prevé principios éticos y de conducta aplicables a miembros Gobierno y altos cargos. Mandato de formación al personal competente.	Crea un órgano colegiado adscrito al Ministerio Presidencia (CNTAI) con funciones de fomento, estudio, asesoramiento y evaluación. Mandato de formación al personal competente.	Título dedicado al buen gobierno, aplicable a altos cargos (adm. central, autonómica y local); principios éticos y de actuación informan interpret. y aplicación régimen sancionador.	Participación ciudadana. Simplificación administrativa. Calidad adm. Ética y transparencia respecto a miembros Gobierno y altos cargos (Código de buen gobierno; conflicto intereses; retribuciones; cesantías; inventarios traspaso funciones). Mandato de formación al personal.

