ASIGNATURA: DERECHO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Coordinadora María Nieves de la Serna Bilbao

Profª (PhD) Derecho Administrativo UC3M

LECCIÓN 5: TRANSPARENCIA

Mª Nieves de la Serna Bilbao y Fernando Fonseca Ferrandis
Profesores Titulares de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público del Estado
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

II. ALGUNAS RESEÑAS SOBRE EL ORIGEN DE LA TRANSPARENCIA

III. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

1.-El Derecho de acceso a la información como un derecho vinculado al Derecho Fundamental de Libertad de expresión e información

2.- El Derecho de acceso a la información como un Derecho autónomo

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

1. Introducción
2. Reconocimiento en Europa del Derecho de acceso a la información como un derecho fundamental
3. El Consejo de Europa y el Convenio 205 de 18 de junio de 2009, sobre acceso a los documentos públicos
4. Reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho autónomo en la Unión Europea
5. El Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo la de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión
6. La jurisprudencia del TJUE en el reconocimiento y en la interpretación del derecho de acceso a la información pública y en la transparencia activa

V.- LA POLÍTICA DE TRANSPARENCIA EN ESPAÑA

1. Introducción

2.- Importancia de la aprobación de la LTAIBG

3.- Reparto competencial en materia de transparencia

4.- El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y los Consejos autonómicos

5.- Análisis de la LTAIBG

5.1 Presentación

5.2 Publicidad activa

5.3 Derecho de acceso a la información

5.4 Recapitulación

BIBLIOGRAFÍA

ABSTRACT

La política de transparencia suele ser considerada como un instrumento dirigido a fomentar la participación en las instituciones públicas y el control democrático de éstas por parte de los ciudadanos, que intenta evitar la corrupción. Se trata de un derecho que se reconoce a todas las personas -naturales o jurídicas, públicas o privadas- para que puedan obtener y acceder a información sobre la actividad desarrollada por las diversas instituciones públicas, involucrarse en las decisiones e identificarse con las mismas. Es así que, desde distintos ámbitos -internacional, europeo, latinoamericano, etc-. se trabaja para garantizar aquel acceso y acercar a los ciudadanos el funcionamiento de las instituciones. Dentro de aquella política el derecho de acceso de cualquier ciudadano a conocer información sobre el proceso de toma de decisiones, el uso de fondos públicos o la actuación de los organismos públicos, entre otros, habilita en principio, a cualquiera, sin necesidad de justificación, bien a conocer información que debe estar disponible, bien a ejercitar el derecho de acceso a la información pública. En algunos lugares se ha reconocido como un derecho fundamental autónomo –Unión Europea- en otros sin embargo sólo como un derecho de acceso a información en el desarrollo de funciones administrativas. Este último enfoque, lamentablemente fue el asumido por la LTAIBG, pero supone un gran avance, frente a otras regulaciones que también reconocen este derecho.

ABSTRACT

The transparency policy is usually considered as an instrument aimed at promoting participation in public institutions and their democratic control by citizens, which tries to prevent corruption. It is a right that is recognized for all persons - natural or legal, public or private - so that they can obtain and access information on the activity carried out by the various public institutions, become involved in decisions and identify with them. Thus, from different spheres -international, European, Latin American, etc-. work is being done to guarantee that access and to bring the functioning of the institutions closer to citizens. Within that policy, the right of access of any citizen to know information about the decision-making process, the use of public funds or the actions of public bodies, among others, in principle empowers anyone, without the need for justification, either to know information that should be available, or to exercise the right of access to public information. In some places it has been recognized as an autonomous fundamental right - European Union - in others, however, only as a right of access to information in the development of administrative functions. This last approach, unfortunately, was the one assumed by the LTAIBG, but it represents a great advance, compared to other regulations that also

I.- INTRODUCCIÓN

Transparencia

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

- Un instrumento dirigido a conseguir:

➢A) Control democrático de las instituciones públicas por parte de los ciudadanos

➢B) Que los ciudadanos puedan ser partícipes de una democracia más real y participativa.

➢La actuación de los poderes públicos se expone a la luz del escrutinio de la sociedad

➢La ciudadanía debe estar informada, empoderada para solicitar la rendición de cuentas y valorar la actuación de los poderes públicos

La política de transparencia suele ser considerada como un instrumento dirigido a fomentar la participación en las instituciones públicas y el control democrático de éstas por parte de los ciudadanos. Se trata de un derecho que reconoce a todas las personas -naturales o jurídicas, públicas o privadas- la posibilidad de obtener y acceder a información sobre la actividad desarrollada por las diversas instituciones públicas. Es así, que cualquier petición que tenga por finalidad conocer el proceso de toma de decisiones, el uso de fondos públicos o la actuación de los organismos públicos, entre otros, habilita en principio, a cualquiera, sin necesidad de justificación, bien a conocer información que debe estar disponible, bien a ejercitar el derecho de acceso a la información pública.

En todo caso, como ya se ha dicho, es importante subrayar que la transparencia no sólo se configura como un instrumento de control del poder público (función con la que más se suele identificar) sino, también, como un mecanismo puesto a disposición de los ciudadanos para que puedan ser partícipes de una democracia más real y participativa. Es

así que se considera que si los ciudadanos no pueden acceder a esta clase de información existe un déficit democrático y, por tanto, un despego de los ciudadanos respecto de los asuntos públicos. Posición esta última que tiene muy presente la Unión Europea.

Con la transparencia se persigue, por tanto, la puesta a disposición de los ciudadanos de información sobre el funcionamiento de las instituciones públicas y la participación en los distintos procesos de toma de decisión en los asuntos de interés general. A través de la transparencia, la actuación de los poderes públicos se expone a la luz del escrutinio de la sociedad con el propósito esencial de que exista una ciudadanía informada, empoderada y que pueda solicitar la rendición de cuentas y valorar la actuación de los poderes públicos[1].

Es así que la transparencia resulta vital para el funcionamiento de toda sociedad democrática avanzada en tanto que, a través de ella, los gobernantes deben rendir cuentas ante sus gobernados[2]. Se rompe, de esta forma, la dicotomía entre los que gobiernan y los gobernados al pasar estos últimos a formar parte de la estructura democrática en tanto que no sólo pueden acceder a información de la institución puesta a su disposición por las propias organizaciones -transparencia activa- sino que, también, pueden solicitar información pública -derecho de acceso a información pública- así como participar en los asuntos públicos -participación en la toma de decisión[3].

---

[1] Véase al respecto el Capítulo I del Título I de la LTAIBG –arts. 2 a 4-.

[2] Normalmente, se relaciona el origen del control democrático a través del acceso a la información pública en la Ley de Libertad de Expresión sueca de 1766. Sin embargo, el origen del derecho de acceso a la información se suele situar en Estados Unidos, concretamente con el inicio de la Guerra Fría y la frecuente retención y/o supresión de información por parte del Gobierno norteamericano hacia los medios de comunicación y el Congreso. Esta actitud da inicio a un importante debate sobre el "derecho a saber" de los ciudadanos que culmina con la aprobación de la Freedom Information Act de 1966 cuya finalidad, es facilitar el acceso de los ciudadanos a la información que se encuentra en poder del Gobierno para que puedan conocer y valorar sus actividades. Se configura así el derecho de acceso a los ciudadanos que adquiere un importante impulso político en el mundo que se ha visto reforzado en contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental.

[3] La Asamblea General de la OEA reconoce al derecho de acceso a la información como "un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia". En este sentido, todos los Estados miembros de la OEA "tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva". Asamblea General de la OEA. Resolución 1932 (XXXIII-O/03), "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia". 10 de junio de 2003. Ver también las resoluciones de la Asamblea General de la OEA 2057 (XXXIV-O/04), 2121 (XXXV-O/05), 2252 (XXXV-O/06), 2288 (XXXVII-O/07), y 2418 (XXXVIII-O/08).

Nos encontramos, pues, ante una sociedad democrática en la que los ciudadanos, por si mismos o por los medios de comunicación social, exigen conocer con mayor amplitud cómo actúan los poderes públicos. En consecuencia, la transparencia es una necesidad cada vez mayor en la actuación de los poderes públicos que permite medir el grado de evolución democrática. Tradicionalmente, las solicitudes de información dirigidas a los poderes públicos se realizaban por sujetos cualificados -periodistas, investigadores, organizaciones no gubernamentales, etc,- pero la política de transparencia vino a ampliar más aquel acceso y conocimiento de la información dado que, por un lado, se obliga a que las instituciones ofrezcan en lugares accesibles y de forma ordenada determinada información –transparencia activa- y a la vez, habilita a los ciudadanos para que puedan solicitar acceder a la información que se encuentra en poder de las instituciones con la consiguiente obligación de aquellos de facilitarla. En definitiva, la transparencia garantiza una mayor fiscalización y conocimiento por parte de la sociedad de la actuación de las instituciones públicas, circunstancia que garantiza la existencia de una democracia representativa.

Como señala ARENILLAS[4], la transparencia se define como el deber que tienen todos los poderes públicos de dar razón de sus actos, de explicar razonada y razonablemente, su actuación. Para que estas finalidades sean efectivas, los poderes públicos están obligados a organizar, preparar y adaptar la información para que los ciudadanos puedan localizarla fácilmente, bien a través de la transparencia activa, bien mediante el ejercicio de derecho de acceso a información pública.

No obstante, resulta importante destacar que el exceso de información es tan peligroso como la carencia de la misma. La saturación de información puede conducir paradójicamente a la desinformación. Para evitar este defecto indeseado es necesario adoptar garantías[5].

[4] ARENILLA, M. y REDONDO, J.C; "Ética, Transparencia y participación", en Crisis y reforma de la administración pública; edit, Oleiros, *Netbiblo*, 2011, págs 349 y ss.
[5] CURTIN D M; Citizens' Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital *Passepartout*?, 1999, pág. 40, citado por COTINO HUESO; en El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades; en Régimen Jurídico de la Transparencia en el sector público; edit Thomson-Aranzadi, 2014, págs. 57.

II. ALGUNAS RESEÑAS SOBRE EL ORIGEN DE LA TRANSPARENCIA

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

2. ALGUNAS RESEÑAS SOBRE EL ORIGEN DE LA TRANSPARENCIA

- WEBER *"el gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad"*

➢ **1766** =>. Suecia aprueba su primera Ley de Libertad de Prensa

➢ **1966**=> Estados Unidos aprueba *"Freedom of Information Act"* –FOIA-

➢ **1970** Europa inicia su regulación

➢ **2010** EVOLUCIÓN DE LA TECNOLOGÍA=> CAMBIOS IMPOTANTES=> FAVORECE LA TRANSPARENCIA

Autores como COTINO HUESO -a quien seguimos en este punto-, nos recuerdan como WEBER ya señalaba que "*el gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad*". Desde esta perspectiva, el secretismo suele ser un instrumento que los poderes públicos utilizan para conseguir la superioridad frente a los administrados. Por el contrario, la transparencia ofrece a los ciudadanos una vía para conocer "Qué" realizan y "Cómo" gestionan los intereses y los recursos públicos las instituciones públicas. De esta forma, es posible valorar la adecuación de la actividad de aquellos a las finalidades establecidas o aportar otros puntos de vista[6].

Aunque parezca lo contrario, la transparencia no es una institución nueva. Encontramos antecedentes de su regulación en el año 1766, cuando Suecia aprobó su primera Ley de

[6] COTINO HUESO L; El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades; en Régimen Jurídico de la Transparencia en el sector público; edit Thomson-Aranzadi, 2014; págs.37 a 71.

Libertad de Prensa -norma aún hoy vigente-, donde se reconoció el acceso de los ciudadanos a la información pública y se reguló específicamente su ejercicio.

Hay que reconocer, no obstante, que es en la década de los años sesenta cuando aparece una preocupación más generalizada por ofrecer transparencia en el funcionamiento de las instituciones públicas como elemento fundamental de control de los poderes públicos. En efecto, Estados Unidos aprobó en 1966 la denominada "*Freedom of Information Act"* – en adelante, FOIA-[7], cuya finalidad era garantizar a los ciudadanos el derecho de acceso a la información que se encontraba en poder del Gobierno Federal como respuesta a numerosos casos de corrupción existente. Esta norma, perseguía mejorar el control y la confianza de los ciudadanos en la actuación del gobierno, regulaba el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y, por tanto, reconocía el derecho de acceso de los ciudadanos que así lo soliciten a los documentos y a las actuaciones de las Agencias Federales. Para conseguir aquella finalidad la FOIA contenía una enumeración de toda la información que debe estar a disposición de los ciudadanos y señalaba, al mismo tiempo, las limitaciones de acceso o de divulgación de determinada información. Señalaba también que las limitaciones sólo podían estar justificadas, bien en motivos de seguridad nacional, bien por estar clasificadas como perjudiciales para los intereses gubernamentales o privados o bien por tratarse de temas relacionados con el sector bancario o del petróleo[8].

En Europa, a raíz de los acontecimientos conocidos comúnmente como el "mayo francés" (1968), surgieron también distintos movimientos que promovían la participación ciudadana tanto en los asuntos públicos como en las instituciones. Así, durante los años setenta adquiere especial protagonismo las regulaciones dirigidas a garantizar la transparencia por parte de las instituciones públicas, de las cuales, resulta representativo la regulación francesa donde el derecho de acceso a la información se integró ya, en el año 1978, en las normas reguladoras de las relaciones entre la Administración y el ciudadano.

[7] *Ley de Libertad de Acceso a la Información*
[8] En 1974 esta norma se modificó como consecuencia del Caso Watergate.

Desde entonces aquellas regulaciones se expandieron produciéndose una importante proliferación de normas en las que la transparencia se concibe como la premisa de la participación y de la mayor democratización de los gobiernos con el fin de incrementar la eficacia de la gestión pública y ganar legitimidad en las distintas actuaciones. Es así que la existencia de leyes de transparencia se ha generalizado a nivel mundial. Como destaca GUICHOT[9], *con la transparencia se persigue conseguir una gestión eficaz, crear una cultura administrativa de la gestión racional de la información, estimular una gestión honesta y prevenir casos de corrupción y círculos virtuosos de información y participación entre administradores y administrados*.

No obstante, es preciso subrayar, que el hecho de que un país tenga o no aprobada una regulación sobre transparencia no determina que exista una mayor o menor democracia representativa. Como se suele señalar, la transparencia complementa la legitimación pero nunca la suplanta[10]. Por esta razón, no se puede considerar que hay una verdadera equivalencia entre democracia y legislación de transparencia y, en consecuencia, afirmar que los países son más o menos democráticos que otros por contar antes con legislación de esta naturaleza[11]. A título de ejemplo, es posible mencionar a países como Reino Unido, Suiza, Alemania y España, en donde el asentamiento y consolidación de la democracia resulta indiscutible a pesar de que adoptaron regulaciones sobre transparencia mucho más tarde que otros[12].

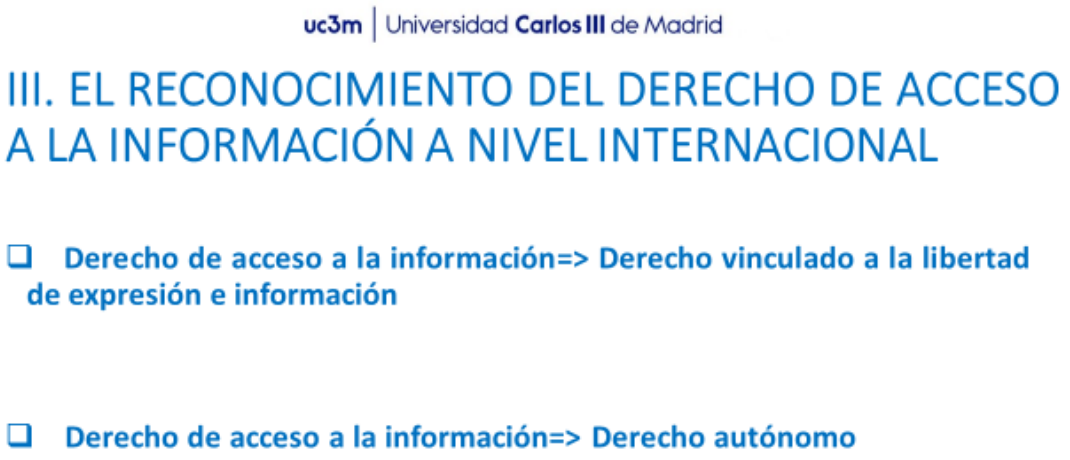
En los últimos años, cabe destacar, se han producido actualizaciones en la legislación sobre transparencia y acceso a la información completando y modernizando las regulaciones vigentes. Se persigue, fundamentalmente, adaptarse a las nuevas demandas sociales y, especialmente, a la evolución de las tecnologías de la información[13]. En efecto, la irrupción de la tecnología permite favorecer, mejorar, fortalecer la transparencia ya que

[9] GUICHOT REINA, E.; Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho Europeo. Sevilla, Editorial Derecho Global, 2011, pág. 10
[10] CERRILLOS MARTINEZ, A; La transparencia administrativa; Unión Europea y medio ambiente; edit Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 36.
[11] GUICHOT REINA, E.; Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho Europeo, Ob. Cit.
[12] Reino Unido en 2004, Suiza, en 2005, Alemania en 2008
[13] LASAGABASTER HERRARTE, I; Notas sobre el derecho de la información, en Derecho Administrativo de la información y administración transparente, coordinado por García Macho, R, Marcial Pons, 2010, págs. 103 a 120

permite incrementos de eficiencia notables a tal punto que se utiliza la expresión de democracia tecnológica para referirse a la mayor facilidad por parte de los poderes públicos para facilitar la información y para los ciudadanos para acceder y fiscalizar la actuación de aquellos. La tecnología permite acceder a información sin necesidad, incluso, de desplazarse en horarios determinados o buscar las instituciones que disponen de la información que precisan[14].

[14] TRONCOSO REIGADA, A; Presentación; en Comentarios a la Ley 19/2015, de 9 de diciembre, Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, edit. Cívitas, 2017, págs 65 a 76.

III. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL



1 El Derecho de acceso a la información como un derecho vinculado al Derecho Fundamental de Libertad de Expresión e Información

Como señala el profesor PIÑAR MAÑAS[15], los instrumentos internacionales han vinculado, después de un largo proceso, el derecho de acceso a la información -como un derecho vinculado a la libertad de expresión e información- con el derecho a la participación en los asuntos públicos. Se trata, por tanto, de un derecho instrumental, que sirve de vía o herramienta para el ejercicio del derecho fundamental a recibir y difundir información del peticionario. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[16] (en adelante, DUDH), garantiza la libertad de expresión y de información (artículo

[15] PIÑAR MAÑAS, J.L; Comentarios al artículo 1, en ; en Comentarios a la Ley 19/2015, de 9 de diciembre, Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, edit. Cívitas, 2017; edit ,
[16] Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en la Resolución 217 A(III).

19)[17]; como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966[18] (conocido por su siglas en inglés, ICCPR), reconoce también aquellos derechos si bien en este caso se suma el reconocimiento del derecho a buscar, recibir y difundir información (artículo 19)[19] . Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante, CEDH)[20] y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (en adelante, CADH)[21], también reconocen el derecho a la libertad de expresión e información (art. 10[22] y 13, respectivamente[23]). En todos estos instrumentos jurídicos, el derecho de acceso no encuentra un reconocimiento autónomo.

Por su parte, la jurisprudencia ha sido quien reconoce, poco a poco, su existencia como un derecho subjetivo dirigido a buscar información e integrado en la libertad de expresión e información, como luego tendremos ocasión de estudiar. No obstante, no se reconoce como derecho autónomo.

---

[17] 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.*

[18] Adoptado por la Asamblea General, el 16 de diciembre de 1966, en la Resolución 2200 A (XXI).

[19] 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.

[20] Hecho en Roma el 4 de noviembre y por el que se crea la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Igualmente cabe señalar que la Unión Europea incorporó el mandato de la adhesión al Convenio, en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (Protocolo núm. 8) en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007.

[21] Suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y por ello también se la conoce como "Pacto de San José de Costa Rica". Por medio de dicha Convención se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[22] Artículo 10
Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

[23] Artículo 13
Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2 El Derecho de acceso a la información como un Derecho autónomo

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

Dcho de acceso a la información=> Derecho autónomo

- **Derecho de acceso a la información=> Derecho autónomo**
- **ONU =>> AÑO 90**

➢ **Informe 2000 "Normas de la ONU"-=>** el acceso a la información fue calificado como derecho fundamental

➢ **2004** =>> Declaración Conjunta –ONU, OSDE y OEA denominada "Acceso a la Información y sobre la legislación que regula el secreto"

➢ SE DECLARA :

❖ *"la importancia fundamental que tiene el acceso a la información para la participación democrática, la rendición de cuentas de los gobiernos y el control de la corrupción, así como para la dignidad personal y la eficiencia en los negocios*

La Relatoría Especial de la Organización de Naciones Unidas para la libertad de Opinión y Expresión reconoció, a nivel internacional, durante los años noventa el derecho de acceso a la información de manera autónoma[24]. Aquella institución emitió diversos informes -entre los que cabe destacar el Informe del año 2000 conocido como "Normas de la ONU"[25]-, en donde calificó el acceso a la información como derecho fundamental y delimitó su contenido y fijó algunos límites para su ejercicio.

En el año 2004, en la Declaración Conjunta denominada "Acceso a la Información y sobre la legislación que regula el secreto" asumida tanto por la Organización de Naciones

[24] El Relator Especial es un experto independiente nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU para examinar e informar sobre la situación del país o a un determinado tema de derechos humanos. Se trata de una función en la que el experto no es personal de las Naciones Unidas ni resulta pagado por su trabajo. Los Relatores Especiales son parte de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos. Para más información sobre los Relatores especiales Ficha de información No. 27: Diecisiete Preguntas frecuentes acerca de los Relatores de las Naciones Unidas que se puede consultar en https://ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx

[25] Informe del Relator Especial, Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, ONU, E/CN.4/200/63/ de 18 de enero de 2000; accesible: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/102/62/PDF/G0010262.pdf?OpenElement

Unidas (ONU), como por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), los relatores asumieron los principios recogidos en las Declaraciones mencionadas anteriormente y destacaron *"la importancia fundamental que tiene el acceso a la información para la participación democrática, la rendición de cuentas de los gobiernos y el control de la corrupción, así como para la dignidad personal y la eficiencia en los negocios"*[26]. Se reconoce, de esta manera, que el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho fundamental y que, como tal, debe ser reconocido a nivel nacional en legislaciones específicas. Igualmente, se señala respecto del derecho de acceso los siguientes extremos:

a) Las leyes de acceso a la información deben prevalecer sobre cualquier otra legislación si se producen discrepancias o conflicto de normas.

b) Es necesario que se articular políticas públicas y destinar recursos públicos –personales y materiales- con el fin de asegurar la implementación eficaz de la normativa sobre acceso a la información. Igualmente, se precisa derogar o modificar la legislación restrictiva del acceso a la información con el fin de cumplir con las exigencias internacionales en esta área.

c) El acceso a la información debe cumplir con el principio de máxima divulgación por lo que sólo puede ser restringido cuando se encuentre justificado en la protección de los intereses públicos y/o privados preponderantes, incluida la privacidad. En todo caso, las excepciones deben ser limitadas y justificadas en la existencia de un riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y corresponde a las autoridades públicas denegar el acceso y justificar el motivo de protección contenido en el sistema de excepciones.

d) Si la información se encuentra clasificada como secreta con el fin de proteger la seguridad nacional, la normativa debe concretar de forma clara los criterios de la clasificación para evitar un uso inadecuado para evitar la divulgación de información de interés público. Es así que las normativas reguladoras del secreto deben especificar con

[26] Documento que realizan los relatores para la libertad de expresión accesible http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp. En dicho documento se recuerda y reafirma en las Declaraciones Conjuntas del 26 de noviembre de 1999, el 30 de noviembre de 2000, el 20 de noviembre de 2001, el 10 de diciembre de 2002 y el 18 de diciembre de 2003.

claridad los límites y el personal autorizados para clasificar los documentos, así como el período durante el cual los documentos se deben mantener en secreto. Además, dichas leyes deben estar sujetas al debate público.

e) Las autoridades públicas estan obligadas a publicar activamente, sin necesidad de petición de los ciudadanos, toda información de interés público y deben articular mecanismos para aumentar la divulgación de toda información.

f) El acceso a la información constituye un derecho de los ciudadanos, por ello el procedimiento para ejercerlo debe ser simple, rápido y gratuito y de bajo costo. Cualquier denegación de acceso debe poder ser recurrida ante un órgano independiente con plenos poderes para investigar y resolver las reclamaciones.

g) Corresponde a las autoridades públicas cumplir con las normas mínimas de gestión de archivos y establecer sistemas para promover normas que permitan aumentar aquella gestión y acceso con el paso del tiempo. También se deben tomar medidas activas con el fin de terminar con la cultura del secretismo y acompañarlas de un régimen sancionador aplicable dirigido a todos los que, deliberadamente, obstruyan el acceso a la información.

h) Las autoridades públicas son las responsables de proteger la confidencialidad de la información que se encuentra en su poder.

i) Cierta información puede ser secreta legítimamente por motivos de seguridad nacional o protección de otros intereses preponderantes. Sin embargo, las leyes reguladoras del secreto deben definir con exactitud el concepto de seguridad nacional, especificar claramente los criterios a utilizar para determinar el carácter secreto para prevenir todo abuso al respecto, concretar con claridad los criterios y los funcionarios autorizados para clasificar, así como el período de tiempo durante el que los documentos deben ser mantenidos en secreto. En cualquier caso, dichas leyes debían estar sujetas al debate público.

j) Las personas que denuncien irregularidades -"*whistleblowers*" o que den a conocer información confidencial o secreta -a pesar de tener la obligación oficial o de otra índole, de mantener la confidencialidad o el secreto-se les debe garantizar protección ante sanciones legales, administrativas o laborales, siempre que de buena fe divulgen información sobre violaciones de leyes, casos graves de mala administración de los

órganos públicos, una amenaza grave para la salud, la seguridad o el medio ambiente o una violación de los derechos humanos o del derecho humanitario.

Finalmente, el Relator de la ONU emitió en el año 2016, el Informe titulado "Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión"[27]. En dicho documento se recordaba que el Consejo de Derechos Humanos había condenado inequívocamente ese mismo año, las medidas adoptadas deliberadamente por los Estados para impedir u obstaculizar el acceso o la divulgación de información en línea, vulnerando con ello el derecho fundamental de acceso a la información y exhortaba a todos los Estados para que se abstuvieran de adoptar estas clases de medidas[28]. Recordaba, igualmente, que el bloqueo de las plataformas de Internet o la desconexión de la infraestructura de telecomunicaciones eran amenazas constantes, dado que, aun cuando se justificasen por motivos de seguridad nacional u orden público, podían bloquear el acceso a información de millones de personas[29]. Denunciaba que la clasificación de la seguridad nacional resultaba excesiva e injustificada cuando se trataba de no divulgar información de interés público, así como la poca o inexistente transparencia en los procesos de clasificación. Por todo ello, solicitaba a los Estados que eviten restringir la publicación de información salvo cuando esta restricción estuviese justificada por motivos claros y necesarios.

Merece recordar que tanto la UNESCO como la OEA han desarrollado un importante análisis sobre el reconocimiento internacional del derecho a la transparencia[30]. La primera, proclamó en el año 2015, el día 28 de septiembre como "Día Internacional del Derecho de Acceso Universal a la Información"[7] e identificó el "Derecho de Acceso a la Información" como parte integrante del derecho a la libertad de expresión y la importancia que aquel tiene para el desarrollo democrático de la sociedad. La OEA, por

---

[27] Emitido el 6 de septiembre de 2016, consultado 2021: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/373&referer=http://www-edit.in.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/ReportSRToGA2016.aspx&Lang=S

[28] Véase la Resolución 32/13 del Consejo ONU, párr. 10

[29] Con cita (A/HRC/32/38, párrs. 45 a 48) y remisión al siguiente documento www.accessnow.org/keepiton/ para conocer los cortes de acceso a Internet.

[3030] Véase al respecto Libertad de información: comparación jurídica, 2ª edic, UNESCO, París, 2008 y Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información, OEA, Washington, 2007. Ambos cit COTINO HUESO, L; *"El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental",* Rev. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 40; 2017, pág. 281.

su parte, ha aprobado unos denominados "Principios sobre acceso a la información" (2008) [31] y la Ley modelo Interamericana sobre acceso a la información (2010)[32].

IV.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

❑ 1 INTRODUCCIÓN

- Abordar el estudio sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información no es una tarea fácil.
- Los que reconocen la naturaleza *ius fundamental* del derecho de acceso a la información lo realizan desde dos posiciones, a saber:
- A) Por un lado, los que consideran el derecho de acceso a la información como un derecho derivado del derecho a la libertad de información o de expresión.
- B) Una posición más moderna que reconoce un derecho autónomo destinado a garantizar el acceso a información en manos de instituciones públicas y que comprende también la obligación de divulgar y publicar información relevante respecto del funcionamiento y gestión de las instituciones públicas.

1.- Introducción

Abordar el estudio sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información no es una tarea fácil. No existe duda que, tal como vimos anteriormente, el derecho de acceso a la información es considerado a nivel internacional como un derecho fundamental autónomo. No obstante, esta convicción aún no se ha recogido en todos los textos constitucionales[33].

[31] Aprobados por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA 2008
[32] Aprobada por la Asamblea General por Resolución AG/RES 2607/XL-O/10)
[33] Así, por ejemplo, en España.

Como señala GUICHOT[34], los que reconocen la naturaleza *ius fundamental* del derecho de acceso a la información lo realizan desde dos posiciones, a saber:

a) Por un lado, los que consideran el derecho de acceso a la información como un derecho derivado del derecho a la libertad de información o de expresión.
b) Por otro, existe una posición más moderna que reconoce la institución citada como un derecho autónomo destinado a garantizar el acceso a información en manos de instituciones públicas, pero también comprende la obligación de divulgar y publicar información relevante respecto del funcionamiento y gestión de las instituciones públicas, es decir, la transparencia activa.

En ambos casos, el derecho de acceso a la información reconocido como un derecho derivado y como un derecho autónomo tienen la naturaleza de *ius fundamental*.

Analicemos cada una de aquellas posiciones.

[34] GUICHOT REINA, E: Transparencia y acceso…. pág 22 a 25.

2. Reconocimiento en Europa del Derecho de acceso a la información como un derecho fundamental

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

2. Reconocimiento en Europa del Derecho de acceso a la información como un derecho fundamental

- **Importancia de la jurisprudencia en el reconocimiento**
- **Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**
- Artículo 10 del CEDH

✓Sentencia TEDH de 10 de julio de 2006 del TEDH (asunto Sdružení Jihočeské Matky contra la República Checa)

✓Sentencia TEDH de 14 de abril de 2009 (asunto Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría)

✓Sentencia TEDH de 26 de agosto de 2009, (asunto Kennedy contra Hungría)

Como hemos visto, en algunos instrumentos internacionales de organizaciones relevantes mencionados en estas páginas, el derecho de acceso a la información no se encuentra reconocido de forma autónoma, sino que el mismo se ha vinculado con el Derecho a la libertad de expresión o información. Han sido los Tribunales quienes han permitido reconocer paulatinamente la existencia del derecho de acceso a la información como un derecho subjetivo a buscar información, integrado en la libertad de expresión e información. Se trata de un derecho que se ha concebido fundamentalmente como dirigido a investigar y a recibir información especialmente por parte de determinados profesionales como los periodistas y su denegación se ha considerado como una vulneración del derecho fundamental a la libertad de información y expresión.

Aquel reconocimiento fue el asumido tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[35]. Concretamente en la sentencia de la CIDH de 19 de septiembre de 2006, asunto

[35] Órgano judicial de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Claude Reyes y otros contra Chile, se admite, por primera vez, que el derecho de acceso a la información se encuentra incluido en los derechos fundamentales de libertad de expresión e información recogidos en el artículo 13 del CADH. Se trataba de una reclamación en la que la Corte Interamericana analizaba la negativa de acceso -sin ningún fundamento del Gobierno Chileno, apoyada por los Tribunales Nacionales-, a determinada información medioambiental solicitada por el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile sobre un proyecto de deforestación que el Gobierno de dicho país tenía previsto realizar en el sur y que se consideraba que podía tener una incidencia negativa en el medio ambiente. En esta ocasión la CIDH concretó, en lo que aquí interesa lo siguiente:

a) Otorga validez a la petición de acceso a la información solicitada con fundamento en el derecho de libertad de expresión e información recogido en el artículo 13 CADH[36];

b) Destaca que en una sociedad democrática existe una obligación positiva de los Estados de otorgar máxima prioridad al derecho de acceso a la información;

c) Concreta que toda negativa de los Gobiernos de no permitir los accesos a información se debe fundamentar en algún motivo permitido por la Convención, en particular en una norma con rango legal;

d) Indica que la información debe ser entregada sin que sea necesario acreditar por los interesados un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que exista una legítima restricción;

[36] Según ha interpretado la CIDH, el artículo 13 de la Convención Americana comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder3. En este sentido, el principio 2 de la Declaración de Principios establece que, "toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana", que "[t]odas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información". El principio 3 de la Declaración de Principios prescribe que, "[t]oda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla". Y el principio 4 de la Declaración de Principios señala que, "[e]l acceso a la información […] es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho".

e) Igualmente reconoce que la entrega de información a los peticionarios autoriza a éstos a trasladar la información recibida a la sociedad para que aquellos accedan, conozcan y valoren la misma[37].

Por su parte, el TEDH en 2006 interpretó de forma amplia el artículo 10 del CEDH, circunstancia que permitió entender incluido en el ámbito material del citado artículo el derecho de acceso a la información[38]. Esta postura vino determinada por el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) citado con anterioridad[39]. Concretamente, en la sentencia de 10 de julio de 2006 del TEDH (asunto Sdružení Jihočeské Matky contra la República Checa) consideró el derecho de acceso a la información como un derecho instrumental del Derecho de libertad de expresión e información. En esta ocasión se solicitó información sobre el funcionamiento de una central nuclear checa y se denegó su acceso. El tribunal recordó que el derecho a obtener información recogido en el artículo 10 CEDH se corresponde con el derecho de los sujetos privados a obtener información y en la no injerencia en aquel derecho de los poderes públicos. De ahí que estimó que no resulta posible deducir de aquel precepto un derecho general de acceso a los datos y documentos públicos. No obstante, consideró que la *«…negación de la solicitud afectó el derecho de la actora de recibir la información»*.

Posteriormente, el mismo TEDH emitió dos pronunciamientos en los que vincula el acceso a la información pública con el artículo 10 del CEDH. Se trata de las Ss. TEDH de 14 de abril de 2009 (asunto Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría) y de 26 de agosto de 2009, (asunto Kennedy contra Hungría). Concretamente, en esta última, afirmó que el derecho de acceso a los documentos públicos constituye *«…un elemento esencial del ejercicio del derecho a la libertad de expresión»*. Se trataba de la denegación por parte de las autoridades húngaras de la petición de acceso de un investigador a ciertos documentos en su momento clasificados como secretos, pero a los que no se había renovado dicha clasificación. Además, el investigador contaba con un pronunciamiento judicial que le reconocía el derecho de acceso. Pues bien, a la vista de los hechos, el

[37] Véase al respecto el apartado 77 de la Sentencia.
[38] STEDH, asunto Sdruzeni vs República Checa, de 10 de julio de 2006.
[39] CIDH, asunto Claude Reyes y Otros v. Chile, de 19 de septiembre de 2006.

TEDH consideró que el artículo 10 legitimaba el acceso a fuentes documentales originales para la investigación legítima como elemento esencial del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y que, en todo caso, la reticencia del gobierno a facilitar el acceso a pesar de los mandatos judiciales, constituía una injerencia de las autoridades.

A partir de aquellos pronunciamientos se han emitido diversas sentencias relacionadas con el reconocimiento del derecho de acceso a la información que han ido delimitando su contenido. De entre éstas cabe destacar, la STEDH de 25 de junio de 2013 (asunto Youth Initiative for Human Rights contra Serbia), en la que se reconoce que otros sujetos, distintos de los profesionales de la información -en este caso, una ONG-, podían solicitar el acceso a documentos públicos con el fin de controlar al poder público por desarrollar una función similar a la prensa. La STEDH de 17 de febrero de 2015 (asunto Guseva contra Bulgaria) donde se señala que no existe un derecho general de acceso a la información pública, sino que tal derecho se encuentra más bien vinculado a sujetos cualificados, como periodistas y defensores de los derechos humanos u organizaciones vinculadas a la tutela de asuntos de interés público como una organización no gubernamental. La STEDH de 8 de noviembre de 2016 (asunto Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría) donde el tribunal analiza de nuevo la naturaleza del derecho de acceso a la información y en esta ocasión concreta que «*el derecho a recibir la información no puede ser interpretado como que impone a un Estado obligaciones positivas de recopilar y difundir información de oficio […] el artículo 10 no confiere a los particulares un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública, ni obliga al Gobierno a dar dicha información a la persona» y concreta que «tal derecho u obligación puede surgir […] en circunstancias en que el acceso a la información es fundamental para el ejercicio individual del derecho a la libertad de expresión, en particular, de «la libertad de recibir y difundir informaciones» y su negación constituye una interferencia con este derecho»*. Como señala COTINO HUESO[40], a partir de un exhaustivo análisis de la sentencia, el TEDH recoge un test con cuatro preguntas que se debe analizar para determinar si el acceso a la información pública goza de protección.

[40] COTINO HUESO, L., *"El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental",* Rev. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 40; 2017, pág. 281.

Si la contestación a las cuatro preguntas, resulta afirmativa procede la protección deseada. Se trata de las siguientes preguntas:

1ª=> ¿cuál es la finalidad de la solicitud de la información?

2ª=> ¿la información solicitada es de interés público?

3ª=> ¿quién pide la información desarrolla efectivamente ejerce un papel de «perro guardián» de la democracia frente a los abusos del poder?

4ª=> ¿la información solicitada ya está lista y disponible para ser facilitada?

La sentencia, por tanto, vino a asentar nuevas bases para abordar la protección fundamental del derecho de acceso a la información pública que resulta necesario tener presente. En cualquier caso, se recuerda que las respuestas a las cuatro preguntas antes mencionadas se deben interiorizar y articular con los sistemas nacionales.

3.- El Consejo de Europa y el Convenio 205 de 18 de junio de 2009, sobre acceso a los documentos públicos

Como hemos indicado, el artículo 10 CEDH reconoce el derecho a la información y expresión, pero no, el derecho a investigar, recibir y/o buscar información. Como señala COTINO HUESO, el Comité de Ministros del Consejo en 2005 recomendó redactar un tratado al reconocer la incidencia que la transparencia tiene en la democracia y señalar que sólo podía denegarse el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos cuando se persiguiese la protección de otros derechos e intereses legítimos. Es así que con fundamento principalmente en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 6, 8 y 10 del CEDH[41], se procedió a modificar el régimen de acceso a los documentos de la Corte y facilitar la publicidad de información – transparencia activa. Finalmente, se aprueba el Convenio núm. 205, del Consejo de Europa, de fecha 18 de junio de 2009, sobre acceso a los documentos públicos.

El Convenio núm. 205 persigue varias finalidades, entre las que se pueden citar la de proporcionar una fuente de información para el público; ayudar al público a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas; fomentar la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de autoridades públicas, todo ello con la finalidad de ayudar a que se afirme la legitimidad de las autoridades públicas.

Para conseguir aquellos objetivos el Convenio núm. 205 señala que corresponde a las "autoridades públicas" ofrecer información a los ciudadanos. Dentro del concepto de autoridades públicas se incluye a los gobiernos y administraciones de los distintos niveles territoriales, a los órganos legislativos y a las autoridades judiciales en la medida que desempeñan funciones administrativas, así como a las personas físicas o jurídicas que ejerzan una autoridad administrativa.

En cuanto al ejercicio del derecho de acceso se exige que se garantice que todas las personas que lo soliciten, sin discriminación alguna, su ejercicio y el acceso a

[41] Ratificado por España en el año 2012

documentos públicos en poder de autoridades públicas sin necesidad de justificar las razones. Se considera necesario limitar los requisitos formales exigidos para presentar las solicitudes y la tramitación de la solicitud se debe basar en las reglas de rapidez, flexibilidad, facilidad de acceso y posibilidad de acceso a una entidad independiente o tribunal para la tutela del derecho.

Ahora bien, el Convenio 205 no reconoce un derecho de acceso a los documentos públicos absoluto. Antes, al contrario, permite que se concreten algunas limitaciones salvo en los supuestos en los que prevalezca un interés público superior que justifique la divulgación en los que no cabe ninguna prohibición de acceso. En todo caso, se señala que las limitaciones siempre deben ser necesarias y proporcionadas, deben estar contenidas en una norma con rango de ley y deben tener por objeto los supuestos expresamente enumerados por la norma; entre éstos, cabe señalar la protección de la seguridad nacional, la defensa y las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, la investigación y la persecución de actividades delictivas; las investigaciones disciplinarias; la inspección, control y supervisión por autoridades públicas; la intimidad y otros intereses privados legítimos; los intereses económicos y comerciales; las políticas económicas, monetarias y de cambio de moneda; la igualdad de las partes en los procedimientos jurisdiccionales y el buen funcionamiento de la administración de justicia; el medio ambiente y, por último, las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas relativas al examen de un asunto[42].

Por lo demás, el Convenio 205 aborda también la publicidad activa, y señala al respecto que corresponde a las autoridades públicas adoptar las medidas necesarias con el fin de poner a disposición del público todos los documentos públicos que se encuentren en su poder, promoviendo de esta manera, la transparencia y la eficacia de las autoridades públicas así como el fomento de la participación informada del público en materias del interés general[43].

[42] Véase al respecto el artículo 3 donde también permite que las Partes puedan incluir como limitación de acceso las comunicaciones oficiales con la Familia Real y la Casa Real o el Jefe de Estado.
[43] Artículo 10.

4. Reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho autónomo en la Unión Europea

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

4. Reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho autónomo en la Unión Europea

- **Artículo 15 del TFUE**
- **Artículo 42 Carta de los Derechos Fundamentales UE "Derecho de acceso a los documentos"**
- *"Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.".*

- STJUE de 18 de julio de 2017, Asunto Comisión c/ Breyer

Como señalan autores como GUICHOT las Constituciones más modernas –entre otros países se pueden citar Austria, Bélgica, Finlandia, Grecia, Portugal-, han reconocido el derecho de acceso a la información como derecho fundamental autónomo[44].

En el ámbito de la Unión Europea, el Tratado de Ámsterdam de 1997, reconoció el derecho de acceso a la información pública en el artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea –en adelante, TCE-. Hoy en día, después del Tratado de Lisboa, tal derecho se encuentra recogido en el artículo 15 del TFUE, en los siguientes términos:

« *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.*

[44] GUICHOT REINA, E: Transparencia y acceso…. pag 22 a 25

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 Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

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

Por su parte, el artículo 52.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[45], proclamada el 7 de diciembre de 2000 (en adelante, CDFUE) y que cuenta con el mismo reconocimiento jurídico que el resto de Tratados[46], señala que el derecho

[45] Artículo 52.2 CEDF «*2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.*"

[46] Es preciso tener presente que después del Tratado de Lisboa -firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009-, por el que se reforman los Tratados comunitarios, la CDFUE ha pasado a tener el mismo valor jurídico que el resto de los Tratados y por tanto la consideración de los derechos reconocidos en dicho Convenio son parte del Derecho de la Unión en tanto principios generales. Por otra parte, aquel Tratado permite a la UE que se pueda adherir al CEDH, lo que supone que cuando se ratifique la legislación de la UE podrá recurrirse ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, para hacer valer los derechos recogidos en el CEDH - en el año 2013 se ultimó un preacuerdo de adhesión-. En todo caso, si alguno de los derechos recogidos en la CDFUE se corresponde con derechos garantizados por el CEDH, el significado y el ámbito de aplicación de dichos derechos debe ser el mismo que el definido por el Convenio, si bien la legislación comunitaria pueda contemplar una protección más amplia.

de acceso a los documentos se debe ejercer en las condiciones y dentro de los límites establecidos en el apartado 3 del artículo 15 del TFUE; precepto este último que amplía el derecho de acceso a los documentos contenido en el anterior artículo 255 TCE, y por tanto, también se comprende a los documentos de las instituciones, organismos y agencias en general, independientemente de la forma jurídica que tengan.

La Carta de Derechos Fundamentales contiene dos importantes reconocimientos respecto de la transparencia. Por un lado, el artículo 41 de la CDFUE que señala:

« *... el derecho de toda persona a acceder al expediente administrativo que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. »*.

Por otro, el artículo 42, titulado "Derecho de acceso a los documentos" señala que:

«*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»*[47]..

Por esta razón se subraya que el derecho de acceso goza en el Derecho de la Unión Europea de un "doble" reconocimiento constitucional.

En todo caso, en ambos supuestos, se trata de una competencia circunscrita a regular la transparencia, pero limitada a las instituciones europeas. No cabe, por tanto, el ejercicio de competencia comunitaria para armonizar las normas de los Estados miembros reguladoras de la transparencia.

[47] El derecho garantizado en este artículo ha sido tomado del artículo 255 del Tratado CE, sobre la base del cual se adoptó posteriormente el Reglamento no 1049/2001.

5. El Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo la de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión

En el año 2001, la Unión Europea aprobó el Libro Blanco de la Gobernanza Europea, documento que supuso un hito en la apertura de dichas instituciones hacia la transparencia y elaboración de las políticas públicas [48]. En aquel documento se reflexionaba sobre la existencia de un importante distanciamiento de la ciudadanía con la actuación general de todas las instituciones de la Unión. De ahí que la transparencia se convirtió en la línea de actuación que permita aportar claridad y mejora en el sistema frente a los ciudadanos para evitar que se consolide una disociación e indiferencia permanente hacia los temas comunitarios. Con esta finalidad, se aprobó el Reglamento (UE) 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 (en adelante, Reglamento (UE) 1049/2001, de 30 de mayo de 2001[49]), en virtud de la habilitación contenida en el artículo 255 de TCE (actualmente artículo 15 TUE).

Lo primero que cabe señalar respecto del citado Reglamento (UE) 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, es que no tiene, ni por objeto, ni como efecto, modificar las legislaciones nacionales en materia de acceso a los documentos. Por el contrario, su ámbito de aplicación se limita a las instituciones y a las organizaciones comunitarias con la finalidad de garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea para obtener una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de las administraciones europeas para con los ciudadanos en un sistema democrático. El Reglamento viene así a contribuir, fundamentalmente, a reforzar los principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 6 del TUE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[48] La Gobernanza Europea: Un Libro Blanco (COM (2001) 428 final)
[49] DOUE L 145/43 de 31.5.2001

Unos años más tarde, concretamente en el año 2008, la Comisión Europea presentó una propuesta de revisión del Reglamento (UE) 1049/2001, de 30 de mayo de 2001[50]. No obstante, las observaciones y las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo en el año 2011 determinaron que la propuesta no prospere como consecuencia de la existencia de los puntos de vista extremadamente divergentes. Posteriormente, han existido otras iniciativas que tampoco han salido adelante, pero todas las intituciones y los organismos europeos han aprobado sus propias disposiciones que regulan el acceso a sus documentos en términos idénticos o similares a los contenidos en el Reglamento (CE) 1049/2001 de 30 de mayo de 2001.

En cuanto al contenido del Reglamento (CE) 1049/2001 de 30 de mayo de 2001, habría que comenzar recordando que define los principios, condiciones y límites por los que se rige el derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias, establece las normas que garantizan un ejercicio más fácil del derecho y promueve buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos[51]. Contiene una definición amplia de "documentos", dentro del cual se comprende « … *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.* ». En todo caso, los documentos que se soliciten tienen que tener relación, directa o indirecta, con el ejercicio de las competencias de la institución a la que se solicita[52].

El Reglamento reconoce como titulares del derecho de acceso a todos los ciudadanos de la Unión, persona física o jurídica, que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro. No obstante, también se prevé que personas que no cumplan aquellos requisitos puedan ejercer el derecho de acceso si las instituciones así lo autorizan[53]. Además, con el fin de facilitar el derecho de acceso permite su ejercicio en relación, no sólo con los documentos elaborados por las instituciones europeas sino,

[50] Propuesta de refundición del Reglamento (CE) nº 1049/2001, presentada el 30 de abril de 2008 (COM (2008) 229)
[51] Artículo 1.
[52] Artículo 3.
[53] Artículo 2.

también, con los documentos que reciban dichas instituciones y que se encuentren en su posesión, en todos los ámbitos de su actividad. Igualmente, se concreta la prevalencia del principio de facilidad de acceso cuando se actúe en su capacidad legislativa, incluso por delegación de poderes, al mismo tiempo que se preserva la eficacia del procedimiento de toma de decisiones, señalando que se debe conceder un acceso directo a los documentos preparatorios en la mayor de las medidas posibles.

Recordemos que el derecho de acceso no es absoluto y por ello los documentos con contenido altamente sensible –sobre política de seguridad y defensa- deben recibir un tratamiento especial que garantice los secretos del Estado o Estados miembros. Igualmente se considera limitado el acceso a los documentos calificados por el Registro del Parlamento Europeo como documentos restringidos[54]. Concretamente, el Reglamento (CE) 1049/2001 de 30 de mayo de 2001 habilita a las instituciones para que pueden denegar el acceso a los documentos cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección del interés público —en lo que respecta a la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales y la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro— o de la intimidad y la integridad de la persona —en particular, de la protección de datos personales— y los documentos cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales, los procedimientos judiciales, el asesoramiento jurídico y el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría.

Por otra parte, si los documentos a los que se pretende acceder son de terceros –definidos como toda persona física o jurídica, o entidad, exterior a la institución de que se trate, incluidos los Estados miembros, las demás instituciones y órganos comunitarios o no comunitarios, y terceros países-, corresponde consultarles con el fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas en la norma, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos. En todo caso, se permite que los Estados miembros puedan solicitar a una institución europea que no divulgue un documento originario de dicho Estado sin su previo consentimiento[55].

[54] Considerandos 2,6,9 a 11
[55] Artículo 4

En cuanto a los aspectos formales señalar que el Reglamento (CE) 1049/2001 de 30 de mayo de 2001 concreta que el derecho de acceso se debe ejercitar por medio de la presentación de una solicitud -en cualquiera de las lenguas de la Unión y en cualquier forma escrita, incluido el formato electrónico-, sin necesidad de justificación y de manera suficientemente precisa para que la institución identifique el documento de que se trate[56]. En todo caso, no se puede denegar una solicitud por no ser lo suficientemente precisa sin pedir previamente al solicitante que la aclare[57]. Se establecen también reglas específicas para la tramitación de las solicitudes, resolución con "prontitud" -quince días laborales- y se articula un mecanismo de tutela del derecho cuando la institución deniegue el acceso inicial, para que reconsidere su postura. En todo caso, la respuesta de acceso inicial, no es recurrible salvo en circunstancias excepcionales, como cuando adolezca de algún vicio o exista falta de notificación al demandante de las vías de recurso si constituye la posición definitiva de la institución[58]. Si finalmente, se deniega el acceso tras la presentación de la solicitud confirmatoria, cabe la interposición de un recurso judicial contra la institución o, en su caso, la reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo[59]. Sea como sea, la denegación de acceso debe ser motivada por la institución.

Para garantizar a los ciudadanos el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en el Reglamento, cada institución debe poner a disposición del público un registro de documentos, que permita el acceso directo a los mismos[60]. Con este fin, se creó específicamente una página web para la publicación de documentos divulgados con arreglo al Reglamento (CE) 1049/200, página accesible por el público instantáneamente. Actualmente la Comisión Europea tiene habilitada una página web, denominada "Portal de la Transparencia"[61] en la que los contenidos se agrupan en torno a las siguientes categorías: Acceso a la legislación, Acceso a consultas abiertas, Información sobre la evaluación de impacto de la Comisión, Registro de grupos de expertos, Información sobre comités consultivos, Registro de la Transparencia, Acceso a documentos, Información

[56] Artículo 6
[57] STGUE de 5 de febrero de 2018 en el asunto Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring mbH contra Comisión Europea
[58] STGUE, de 11 de diciembre de 2018 en el asunto Arca Capital Bohemia a.s. contra Comisión Europea,
[59] Artículos 7 y 8
[60] Artículos 11 y 12.
[61] Accesible a través de http://ec.europa.eu/transparency/index_es.htm

sobre los beneficiarios de fondos de la Unión Europea, Ética de los Comisarios, Ética del personal y otros enlaces útiles. Igualmente, se enumeran determinados actos que obligatoriamente se deben publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea, previsiones relativas a la información al público de sus derechos, a buenas prácticas administrativas, a la reproducción de documentos y a las medidas y a la elaboración de informes sobre su aplicación[62].

[62] Artículos 13 a 18.

6 La jurisprudencia del TJUE en el reconocimiento y en la interpretación del derecho de acceso a la información pública y en la transparencia activa

Corresponde destacar el importante papel que la jurisprudencia del TJUE ha tenido en el reconocimiento y en la interpretación del derecho de acceso a la información pública y en la transparencia activa. Entre ellas cabe citar las STJUE de 14 de octubre de 1999, asunto *Bavarian Lager* contra Comisión; STJUE de 7 de febrero de 2002, Aldo Kuijer contra Consejo; STJUE de 18 de julio de 2017, asunto Comisión Europea/Patrick Breyer; entre muchas otras. No es posible en este trabajo, abordar el estudio de todas ellas, tan sólo mencionar alguna más actual que concreta aspectos importantes de esta materia.

En la STJUE de 4 de septiembre de 2018 (asunto ClientEarth contra Comisión) se anularon dos decisiones de la Comisión que negaba, con fundamento en la excepción contenida en el artículo 4.3 del Reglamento (CE) 1049/2001[63], que permite denegar el acceso a documentos relacionado con un asunto en el que la institución no haya tomado una decisión, el derecho de acceso a una organización medioambiental denominada "ClienteEart" a dos informes relacionados con dos proyectos legislativos medioambientales; uno sobre acceso a la justicia en asuntos medioambientales a nivel de Estado miembro y otro sobre inspecciones medioambientales. Pues bien, a partir de la consideración de que la transparencia aumenta la legitimidad del proceso de toma de decisiones de la Comisión a los ojos de los ciudadanos y de las organizaciones interesadas y que esto es casualmente lo que le permite actuar con más independencia, el TJUE destacó que « *... es más bien una falta de información pública y de debate lo que probablemente genere dudas sobre si esas instituciones cumplen con sus cometidos de manera completa, independiente y exclusivamente en defensa del interés general*». Señaló también que si bien la Comisión debe efectivamente mantener un dialogo abierto,

[63] "Se denegará el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior."

transparente y regular con la sociedad civil y asociaciones representativas tal actuación « *… no implica que la Comisión deba responder a todas las observaciones recibidas tras la divulgación de los documentos …»*, de tal forma que entorpezca el proceso de toma de decisión independiente, afectando, prolongando o complicando el buen desarrollo de la toma de decisiones de la institución. Finalmente, el TJUE concluye que existe un error de interpretación ya que « ... *la Comisión podía presumir que, mientras no tomase una decisión respecto de una posible propuesta, la divulgación de los documentos correspondientes* [...] *podía perjudicar, en principio, gravemente a su proceso de toma de decisiones*, pero la Comisión no ha demostrado « *… que la divulgación de los documentos pudiera perjudicar gravemente a sus procesos de toma de decisiones en curso. ».* Por ello, se procedió a declarar la nulidad de las decisiones adoptadas por la Comisión.

V.- LA POLÍTICA DE TRANSPARENCIA EN ESPAÑA

1. Introducción

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

V.- LA POLÍTICA DE TRANSPARENCIA EN ESPAÑA
1. Introducción

- ARTÍCULO 105 CE
- Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno LTAIBG
- Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Como se suele señalar, en España la participación de los sujetos en la vida política, económica, cultural y social es un principio constitucional cuya finalidad última es la garantía de una libertad y una igualdad real y efectiva que la Constitución consagra (art. 9 CE). La consecución de este principio resulta irrenunciable para una sociedad moderna y democrática y un compromiso que deben asumir todas las administraciones públicas y las distintas instituciones. De esta manera, la exigencia de remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de los derechos obliga a mejorar la transparencia, a facilitar información y a garantizar a través del ejercicio del derecho de acceso a la información, la participación en los asuntos públicos por parte de los ciudadanos; participación que constituye la base para la mejora institucional y de gobierno[64]. Esta tarea es la que vino a cumplir la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, simplemente, LTAIBG)

[64] Exposición de Motivos de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto

y, si bien, su contenido se puede considerar insuficiente, escaso o poco preciso, la iniciativa se debe estimar positiva en sí misma. Así destaca MESEGUER YEBRA[65], cuando señala que la LTAIBG regula un derecho de gran trascendencia para la democracia y para el control de las instituciones pública porque permite que todos los sujetos puedan acceder a la información pública.

[65] MESSEGUER YEBRA, J.; en *"El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública",* en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 33, mayo 2014, pags.1 a 34, quien señala que al artículo 3.5 de la LRJPAC recogía el principio de transparencia en sus relaciones con los ciudadanos y las Administraciones Públicas, principio que ha obtenido respaldo jurisprudencial (SSTS de 31 de julio de 2007 y 3 de junio de 2008). Sin embargo, destaca que todos los operadores jurídicos y la jurisprudencia han coincidido en reconocer las insuficiencias y lagunas de esta normativa, que difícilmente podía dar satisfacción a las expectativas generadas por el reconocimiento constitucional del derecho de acceso.

2.- Importancia de la aprobación de la LTAIBG

En España se tuvo que esperar al año 2013 para que sea aprobada una legislación sobre transparencia, la LTAIBG, primer texto legal que abordó específicamente nuestro objeto de estudio. Con anterioridad a la promulgación y entrada en vigor del texto legal citado, el derecho de acceso a la información pública se encontraba regulado simplemente de manera indirecta en distintos cuerpos normativos cuyo objeto de regulación era ajeno a este derecho. En concreto, baste citar diferentes preceptos de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC) que contenía alguna referencia a la materia (arts. 3.5, 35 y 37)[66]. Se trataba de una regulación que adolecía de importantes deficiencias, en particular porque no abordaba la regulación del derecho de acceso[67].

A partir de la aprobación de la LTAIBG se concreta la obligación, para todas las instituciones públicas comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, de hacer publica determinada información, definir el derecho de acceso a la información, además de concretar las reglas de Buen Gobierno que deben respetar los responsables públicos. Es así que de acuerdo con la LTAIBG están obligadas a publicar y a proporcionar información no sólo las Administraciones Públicas y el sector público institucional, sino también los órganos constitucionales (incluida la Casa Real) y sus equivalentes a nivel autonómico. Igualmente, determinadas entidades privadas, como los partidos políticos, sindicatos, organizaciones sindicales y otras entidades que reciben ayudas públicas, deben publicar la información que concreta la propia LTAIBG.

---

[66] En particular, el artículo 37 LRJPAC señalaba expresamente que "*Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación.".*

[67] Algunos autores, subrayan el equívoco que supuso que la LRJAPAC no recogiera unas reglas procedimentales específicas para el ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa. También destaca la limitada aplicación del procedimiento común para ejercer el derecho de acceso a la información en tanto que se trataba de un procedimiento incompatible y deficiente porque su ejercicio resultaba extraordinariamente limitado en su articulación práctica al estar plagado de obstáculos y ser dilatado. Véase al respecto, FERNANDEZ RAMOS, S; El derecho de acceso a los documentos administrativos; edit. Marcial Pons, Madrid, 1997 y RAMS RAMOS, L; "*El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública"* en Revista General de Derecho Administrativo, núm. 41, iustel, 2016. Véase también, la Exposición de motivos de la LTAIBG y demás normativa autonómica.

Pues bien, la Exposición de Motivos de la LGTIBG articula a tal efecto un conjunto de previsiones y nos recuerda el rol fundamental que persigue cuando señala:

«*La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.*

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico»[68].

[68] Preámbulo I Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

3.- Reparto competencial en materia de transparencia

Atendiendo al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia legislativa en España, es preciso destacar que la LTAIBG es una norma de carácter básico, cuya justificación competencial se encuentra en el artículo 149.1.18ª de la CE[69]. Recordemos, en relación con el concepto de legislación básica, que el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el mismo supone una reserva para el Estado de un determinado espacio de poder y respecto de una materia concreta, pero que permite una compartición de la regulación legal de dicha materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas al atribuir a estas últimas instancias las competencia para desarrollar legislativamente dicha legislación básica[70]. Existe, por tanto, una importante regulación autonómica que salvaguarda la idea de igualdad –que no uniformidad- como criterio que debe inspirar el ejercicio de los derechos reconocidos por nuestro sistema jurídico constitucional[71].

Igualmente es preciso tener presente lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LTAIBG que señala a tal efecto lo siguiente:

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

[69] En relación con este carácter básico y los problemas que el mismo puede ofrecer, véase FERNANDEZ SALMERON, M; *"Procedimiento administrativo e información del sector público"* en Régimen jurídico de la transparencia en el sector público; edit. Thomson.Aranzadi; Pamplona, 2014, págs. 281 a321.

[70] Así se pronunció el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias cuando señaló que la legislación básica "…es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado… y de las Comunidades Autónomas". Baste señalar, las SsTC 32/1981, de 28 de julio; 1 y 44/1982, de 28 de enero y de 8 de julio, respectivamente.

[71] Por citar algunas, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana

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

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

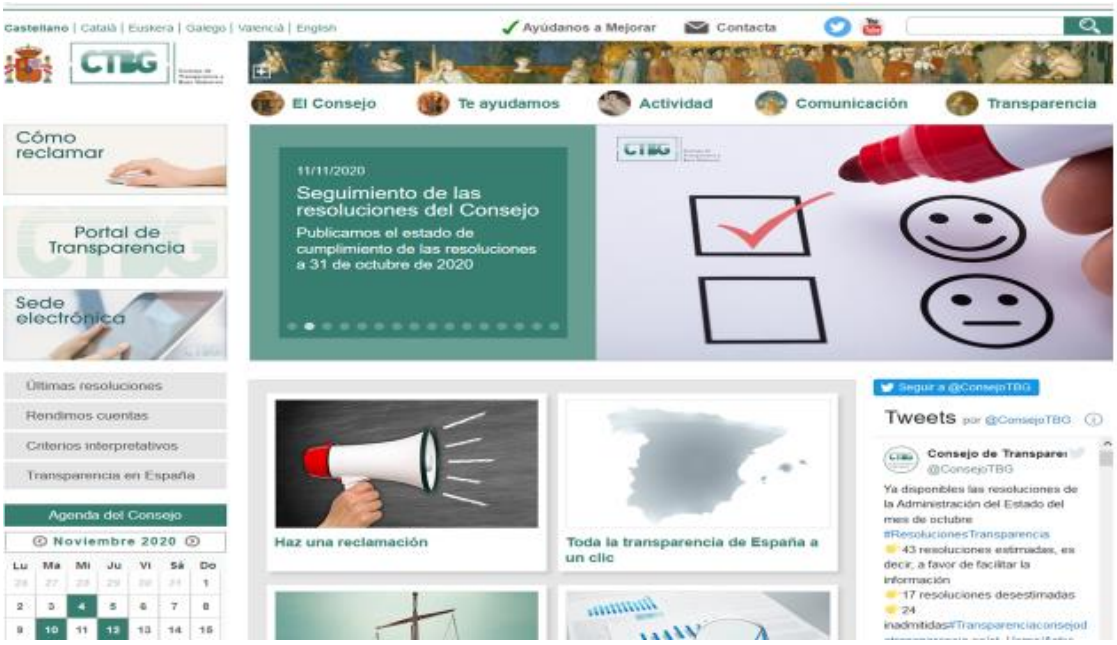
La Disposición transcrita ha sido interpretada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CGBG) por el Criterio interpretativo CI/008/2015, de 12 de noviembre, sobre aplicación de la disposición adicional primera sobre regulaciones especiales del derecho de información. En dicho Criterio, el CTBG señala al respecto que si existe una regulación específica que regula el acceso a la información, la LTAIBG se debe aplicar de forma supletoria Textualmente dispone «*Solo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse que las normas de la LTAIBG no son de aplicación directa y operan como normas supletorias."*.

Con las mencionadas excepciones se persigue preservar la vigencia de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tienen en cuenta las características de la información, delimita los sujetos legitimados para acceder, las condiciones de acceso, etc. Así, es posible citar como ejemplo las siguientes normas: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica en cuyo artículo 18 regula el derecho de acceso a la historia clínica, así como las limitaciones de acceso; la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, respecto del secreto fiscal o tributario; la Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, del Régimen Electoral General, en relación con el secreto censal; o lo dispuesto en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública, respecto del secreto estadístico.

ES así que el derecho a la información se configura como un derecho de configuración legal que se ve amparado, no sólo por la Constitución y la LTAIBG sino también por un conjunto de normas sectoriales reguladoras de diferentes ámbitos de la vida social que contienen una regulación específica del derecho de acceso. Así lo ha puesto de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Nacional SAN de fecha 6 de febrero de 2017, cuando afirma que

«*No puede afirmarse que el Derecho de Información se regula solamente por la Constitución y la Ley 19/2013, y que constituye el único derecho absoluto que debe reconocerse en nuestro ordenamiento jurídico frente a cualquier otro derecho individual o colectivo. No se deja al criterio de la Administración, ni de los Tribunales de Justicia, fijar las facultades y los límites que deben configurar este derecho a la información, sino que los mismos deben establecerse por Ley".*

4.- El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y los Consejos autonómicos



El título III de la LTAIBG dedica su articulado al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –CTBG- como un órganismo independiente, con personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica y de obrar[72]. Al mismo se le reconoce competencias de promoción de la cultura de la trasparencia en la actividad de la Administración Pública, de control de cumplimiento de las publicaciones de publicidad activa, así como de garantía del derecho de acceso a la información pública y de la observancia de las disposiciones de buen gobierno. Se encuentra adscrito al Ministerio de Política Territorial y Función Pública.

Por su parte, las Comunidades Autónomas también pueden crear sus propios organismos independientes autonómicos para conseguir el mismo fin. A título de ejemplo se puede citar el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, como autoridad independiente dotada de autonomía[73] o la Comisión de Garantías del Derecho de Acceso

[72] Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
[73] Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía

a la Información Pública de Cataluña, como órgano independiente adscrito al Departamento de la Administración de la Generalidad competente en materia de políticas de transparencia[74]. Igualmente, la LTAIBG, en virtud del apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la LTAIBG, permite que aquellas Comunidades Autónomas que así lo soliciten puedan atribuir al CTBG la competencia para la resolución de sus reclamaciones siempre que se firme un Convenio con la Administración General del Estado. La relación actualizada sobre los Convenios firmados se puede consultar en la página web de CTBG[75].

En cuanto a la organización del CTBG es preciso tener presente lo dispuesto por el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y que configura al mismo como el organismo que conocerá de las reclamaciones que se presenten por parte de los ciudadanos en materia de acceso a la información o falta de información en los Portales de Transparencia. El reglamento concreta la estructura orgánica del CTBG de la siguiente forma: Presidente, Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y Subdirecciones como órganos dependientes jerárquicamente del Presidente.

Es preciso diferenciar el CTBG y los correspondientes Consejos de transparencia autonómicos de los Portales de la Transparencia. Los primeros, son organismos que gozan de personalidad jurídica propia y plena autonomía e independencia para garantizar el cumplimiento de la regulación sobre transparencia. Por su parte los Portales de la transparencia, se identifican con un lugar en el que se facilita por parte de las distintas Administraciones el acceso a los ciudadanos de toda la información que la normativa obliga a publicar –transparencia activa-. Así, en el artículo 10 de la LTAIBG se señala

[74] Véase al respecto el Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública. Página web http://www.gaip.cat/es/inici/index.html

[75] Disposición Adiciona 4 2 LTAIBG: Las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. 3. Las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrán designar sus propios órganos independientes o bien atribuir la competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, celebrando al efecto un Convenio en los términos previstos en el apartado anterior.

que el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado (en adelante, AGE), facilitará el acceso a los ciudadanos de toda la información que la ley obliga a publicar[76]. Se trata de un único punto de acceso gestionado en el ámbito de la AGE, que depende de la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Política Territorial y Función Pública[77]. Este portal de la transparencia de la AGE no contiene información ni de las Comunidades Autónomas, ni de las Entidades Locales o de los órganos constitucionales. Cada una de ellos dispone de su propia web y sedes electrónicas con su portal de la transparencia[78]. Si estos portales no publican la información correspondiente o no facilitan su acceso, el ciudadano puede acudir al CTBG o al Consejo Autonómico correspondiente para exigir el cumplimiento de la normativa de transparencia.

[76] Artículo 10 de la LTAIBG

[77] Véase al respecto https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/Que-es-el-portal-de-transparencia.html

[78] Como ejemplo en el ámbito autonómico véase el Portal de Transparencia de la Generalidad Valenciana: http://gvaoberta.gva.es/va/ o el Portal de Transparencia del Gobierno de Canarias https://www.gobiernodecanarias.org/transparencia/. Igualmente, a nivel local, se pude citar el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Madrid https://transparencia.madrid.es/portal/site/transparencia y a nivel de otros órganos constitucionales el Portal de Transparencia del Defensor del Pueblo Andaluz: https://www.defensordelpuebloandaluz.es/portal-de-la-transparencia

5. Análisis de la LTAIBG

5.1 Presentación

La LTAIBG, como ya se dijo, vino a concretar la obligación para todas las instituciones públicas comprendidas dentro de su ámbito de aplicación de actuar con transparencia en su actividad mediante un conjunto de previsiones que permiten realizar una mejor fiscalización de la actividad pública y que contribuyen a la necesaria regeneración democrática, promueve la eficiencia y eficacia del Estado y el crecimiento económico. Con tal finalidad la norma legal articula obligaciones de publicidad activa y el derecho de acceso a la información y concreta sus limitaciones. Sin embargo, no contiene infracciones ni sanciones específicas (a salvo de algún precepto) para el caso de incumplimiento de obligaciones de transparencia activa y pasiva ni sanciones pecuniarias para los supuestos más graves de incumplimiento. Como destaca algún autor, la inexistencia de un régimen sancionador específico y riguroso sugiere una escasa voluntad política a la hora de dotar a la Ley de mecanismos suficientes para garantizar su adecuado cumplimientos por meritorios que sean los esfuerzos hasta ahora realizados por el CTBG y la buena voluntad desplegada por algunos organismos públicos. Veamos cada una de ellas.

5.2 Publicidad activa

En relación con la publicidad activa, la LTAIBG impone la obligación para las instituciones públicas de publicar determinada información sin necesidad de que exista una demanda expresa de los ciudadanos para acceder a información de diversa la misma. Corresponde a las propias instituciones ofrecer información sobre determinados datos y contenidos de diversa naturaleza que revelen aspectos esenciales relativos respecto de la organización, funcionamiento y toma de decisiones más importantes, así como de la gestión de los recursos públicos a la organización, al funcionamiento, a la toma de decisiones y a la gestión de los recursos públicos. El acceso a la información debe ser de

fácil acceso, consulta y comprensión, además de información neutral, actualizada y plenamente respetuosa con los límites que pueden derivar de otros derechos o intereses (tales como la protección de datos, la intimidad, la seguridad nacional o pública, la defensa, relaciones exteriores, etc.).

Como señala la propia Exposición de Motivos de la LTAIBG *"La Ley amplía y refuerza las obligaciones de publicidad activa en distintos ámbitos. En materia de información institucional, organizativa y de planificación exige a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación de su grado de cumplimiento. En materia de información de relevancia jurídica y que afecte directamente al ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la ley contiene un amplio repertorio de documentos que, al ser publicados, proporcionarán una mayor seguridad jurídica. Igualmente, en el ámbito de la información de relevancia económica, presupuestaria y estadística, se establece un amplio catálogo que debe ser accesible y entendible para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos. Por último, se establece la obligación de publicar toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se cohonesten con los intereses de la ciudadanía."*

Toda esta información se facilitará a través de las correspondientes sedes electrónicas o páginas webs, concretamente en los Portales de Transparencia que obligatoriamente deben tener, tal como se ha dicho, todas las administraciones e instituciones señaladas por la LTAIBG, de forma clara, estructurada, entendible y en formatos, preferiblemente, reutilizables.

En toda esta publicación se debe salvaguardar los datos personales y puede publicarse más información que la indicada por la LTAIBG. Toda la información que se publique debe actualizarse y la periodicidad de su actualización dependerá de la naturaleza de la información. En cualquier caso, nunca puede transcurrir más de un mes desde que se produzcan las novedades y se trasladen a los Portales.

Finalmente corresponde destacar que si no se cumple con las obligaciones de publicidad activa se considera infracción grave a efectos disciplinarios.

5.3 Derecho de acceso a la información

Además de la dimensión antes descrita, y como eje básico de la transparencia, se regula el derecho de acceso a la información pública, que se reconoce a todas las personas, físicas o jurídicas, ya sea a título individual y en su propio nombre, ya sea en representación y en el nombre de las organizaciones legalmente constituidas en las que se agrupen o que los representen, mediante solicitud previa, sin más limitaciones que las contempladas en la legislación básica. Se trata de un verdadero derecho de contenido amplio, sustantivo y definido como un derecho de elaboración legal, que se fundamenta en el art. 105 b) de la Constitución. Concretamente el artículo 105 b) señala:

«*La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*».

A través de su ejercicio los ciudadanos pueden acceder a los archivos y documentos y se define información pública como « *... los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.* »[79].

El Capítulo III de la LTAIBG configura de forma amplia el derecho de acceso que se puede ejercitar sin necesidad de motivar la solicitud y a través de un procedimiento ágil, con un breve plazo de respuesta, y facilitando información al ciudadano para que pueda ejercer el mismo en el órgano competente para la tramitación. Frente a la resolución de

[79] Artículo 13 LTAIBG. Por su parte, el proyecto de reglamento de la citada ley aclara que *"...se considera que una información ha sido elaborada o adquirida en el ejercicio de las funciones de un órgano o entidad cuando sea consecuencia del desarrollo de las competencias que tiene formalmente atribuidas"*.

la solicitud, expresa o presunta en materia de acceso a la información, se puede interponer una reclamación ante el CTBG con carácter previo a un eventual y potestativo Recurso Contencioso-Administrativo[80]. Es así que la Reclamación prevista en el artículo 24 LTAIBG tienen la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Finalmente señalar respecto de éstas resoluciones que las mismas se publican mensualmente en la web del CTBG donde se pueden consultar.

Este derecho de acceso sólo se puede limitar en aquellos casos en que así sea necesario, por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. Dichas limitaciones se encuentran recogidas en los artículos 14 y 15 de la LTAIBG y para su aplicación se atenderá a los resultados obtenidos de los test que se deben efectuar, tales como el test de daño, el test de interés público en la divulgación, el test de proporcionalidad y finalidad. En todo caso, siempre se debe tener presente la valoración de la incidencia de dicho acceso en otros derechos, en particular, el derecho a la protección de datos.

5.4 Recapitulación

Como expresa PIÑAR MAÑAS[81], debemos congratularnos por el hecho de que finalmente se haya aprobado una LTAIBG, si bien con retraso. No obstante, es necesario señalar que ésta no responde a lo que se esperaba, es decir, contar con una ley más avanzada y mejor construida que reconozca el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental, en línea con lo que de forma clara y rotunda se manifiestan múltiples textos normativos de Europa. Se ha perdido una buena ocasión para colocar a nuestro ordenamiento en la vanguardia de los modelos existentes.

[80] Artículo 24 LTAIBG
[81] PIÑAR MAÑAS, J.L; Comentario al artículo 1 LTAIBG; en Comentarios a la Ley 19/2015, de 9 de diciembre, Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, edit. Civitas, 2017, pág. 121