

EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (1)

Por

EMILIO GUICHOT

Profesor Ayudante. Doctor en Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSEJO DE EUROPA: 1. La Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial. 2. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.—III. UNIÓN EUROPEA: 1. Evolución normativa y fundamento del derecho de acceso a la información. 2. Alcance: A) Sujeto activo. B) Sujeto pasivo. C) Acceso a la información y acceso a la documentación. D) Documentos accesibles. E) Documentos propios y documentos ajenos. 3. Excepciones: A) Clases. B) El control de su aplicación. Reglas de interpretación y apreciación. 4. Procedimiento. 5. Un nuevo campo por explorar: la comercialización de la información en poder de la Administración.—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las Administraciones públicas son las mayores detentadoras del bien que define la sociedad de comienzos de milenio: la información (2). En la llamada «sociedad de la información», la realización del Estado social y democrático de Derecho requiere la efectividad del acceso de todos a la misma. En efecto, sólo de este modo se dará cumplimiento al mandato del 9.2 de la Constitución; únicamente así será posible la participación democrática de todos en la vida social, económica y política; exclusivamente de esta forma se llegará a un control real y efectivo del ejercicio del poder.

Como es sabido, el artículo 105.b) de nuestra Constitución establece que:

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

(1) El presente trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía SEJ-342, *El Derecho público de la Sociedad de la Información y del Conocimiento*, cuyo responsable es el profesor Javier BARNÉS.

(2) Nos remitimos a la monumental obra de referencia M. CASTELLS, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, 3 vols., en especial vol. I: *La sociedad red*, Ed. Alianza, 2.^a ed., Madrid, 2000. Una completa reflexión de conjunto desde el Derecho administrativo, que pone de relieve la multiplicidad de aspectos que encierra el fenómeno, en J. BARNÉS, *Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 40, 2000, págs. 25-76.

Este precepto no se inserta en el Título I (De los derechos y deberes fundamentales), sino en el IV (Del Gobierno y de la Administración), lo que ha dado origen a una polémica doctrinal en torno a si se trata de un derecho autónomo o, por el contrario, de una manifestación de la libertad de información (3). No es momento de terciar ahora en esta polémica (4). Lo que debe destacarse en todo caso es que se trata de un precepto de singular importancia, por cuanto traduce un principio de actuación administrativa, el de publicidad y transparencia, que supone una ruptura con la norma general del secreto de la información en poder de la Administración vigente hasta la aprobación del texto constitucional (5).

Se comprenden, pues, las esperanzas que pudieron depositarse en el desarrollo legal al que llamaba el propio precepto constitucional. Éste tuvo lugar con la aprobación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre (en adelante, LRJAP-PAC). Se optó, pues, por integrar la disciplina del acceso en este cuerpo más general, cuya aprobación siguió un *iter* legislativo de cierta opacidad, por lo que no contamos con una exposición de motivos y un previo debate público que contribuyan a enmarcar la regulación del derecho de acceso a la información administrativa (6). Como afirma el artículo 35.n) de la Ley, éste se configura como un derecho de los ciudadanos. Su regulación, contenida en el artículo 37 LRJAP-PAC, ha sido unánimemente criticada tanto por razones formales de técnica legislativa y precisión conceptual como, sobre todo, por razones sustantivas. En efecto, la Ley deja un margen de apreciación amplísimo a la Administración a la hora de aplicar unas excepciones al derecho de acceso formu-

(3) Esquemmatizando y reduciendo a dos las principales posturas sostenidas entre la doctrina iuspublicista, puede decirse que un sector ha considerado que se trata de una manifestación concreta del derecho a recibir información consagrado en el artículo 20.1.d) CE, esto es, una expresión de que la información administrativa, como imperativo del principio de publicidad y transparencia, constituye una fuente cuyo libre acceso la Administración debe permitir (es la tesis de I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, seguida y matizada por S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 350-358). Para otra corriente, por el contrario, se trata de un derecho constitucional autónomo de configuración legal, diferente de la libertad de información, ya que ésta es el trasunto de la libertad de transmitir información, y, por ello, impone a los poderes públicos un mero deber de abstención de interferir esta comunicación entre sujetos privados (en esta línea se inscribirían, entre otros, M. ÁLVAREZ RICO, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, «Documentación Administrativa», núm. 183, 1979, págs. 103-133; o L. A. POMED SÁNCHEZ, *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989). Parcialmente en sintonía, J. F. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993, para quien el derecho de acceso es un instrumento para la efectividad de otros derechos, como la protección de la intimidad (respecto al acceso por el propio interesado a sus datos), la tutela judicial efectiva o la libertad de información (en cuanto al acceso de los medios de comunicación a la información oficial).

(4) Como se verá, el Derecho europeo muestra la tendencia al reconocimiento del derecho de acceso como derecho autónomo vinculado al principio del control democrático del poder.

(5) Un exhaustivo rastreo histórico en S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 255-310.

(6) A diferencia, como veremos, de lo que ocurre en el Derecho europeo.

ladas con notable ambigüedad, ampliadas respecto a las previstas constitucionalmente, e inclusivas de una cláusula abierta. Además, la Ley tiene injustificables omisiones, entre ellas nada menos que el procedimiento para ejercitar el derecho o las garantías específicas frente a la denegación, y excluye de su ámbito toda una serie heterogénea de informaciones. A ello se suma la limitación del acceso a los documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados, o la propia subordinación de la efectividad del derecho a la eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos, entre otros, que contribuyen a poner la regulación española en la retaguardia de las modernas regulaciones de acceso. Finalmente, tampoco existe una coordinación con la normativa sectorial o conexas, muy en especial con la relativa a la protección de datos (7). El legislador pareció limitarse, en fin, a cumplir tardíamente un mandato constitucional, sin voluntad real de hacer realidad el principio de transparencia y publicidad (8). A ello hay que sumar que, contra lo anunciado en el propio trámite parlamentario de aprobación de la LRJAP-PAC, el precepto no ha sido aún hoy objeto de desarrollo reglamentario, de forma que el ejecutivo ha persistido en la misma actitud de desidia y recelo frente a un mecanismo de control democrático como es el derecho de acceso.

Precisamente es este panorama un tanto desolador el que refuerza la importancia de conocer otras experiencias que pueden servir de modelo, como las desarrolladas tanto en el seno del Consejo de Europa como en la Unión Europea. Como veremos, entre 2001 y 2003 se han aprobado en estos ámbitos normas sobre acceso a la información pública que, guiadas por una convicción inequívoca sobre la necesidad de transparencia y publicidad de la actuación administrativa, ponen el énfasis en dotar de la máxima flexibilidad y efectividad al sistema, a través de muy diversas vías. Además, suponen un salto cualitativo de una función de mera información «pasiva» a un fomento de la información «activa», esto es, de la puesta a disposición de la generalidad de los ciudadanos de la información, frente a ésta, por lo demás, relativizada merced a la potenciación del uso de las nuevas tecnologías como medio de comunicación entre Administración y ciudadanos. A dar cuenta de estas experiencias dedicaremos las páginas que siguen.

II. CONSEJO DE EUROPA

En el seno del Consejo de Europa se han venido adoptando desde hace décadas diversas iniciativas encaminadas al establecimiento de un estándar mínimo en relación al derecho de acceso a la información en poder de

(7) Dándose la circunstancia, que lo hace más injustificable, de que las dos Leyes sucesivas sobre la materia son del mismo año que la LRJAP-PAC y de su reforma (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de datos de carácter personal).

(8) Es la valoración compartida por la doctrina citada en nota 3.

la Administración. Junto a este desarrollo de la normativa en materia de información «pasiva», los últimos años contemplan, tanto a nivel general como sectorial, la adición de la perspectiva de la «información activa», esto es, del deber de la Administración de difundir *motu proprio* ciertas informaciones relevantes. La serie de disposiciones que han ido marcando la evolución de la política del Consejo de Europa sobre la materia no dejan resquicio a la duda sobre cuáles son los fundamentos o las premisas que la guían. El acceso y la difusión de la información administrativa son condiciones para una profundización en la democracia efectiva, esto es, presupuestos necesarios para garantizar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y la transparencia en el ejercicio del poder público (9).

1. *La Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial*

La Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial carece de efecto vinculante, pero participa del importante papel de referencia común a los trabajos de este órgano.

Su Exposición de Motivos parte de la importancia de la transparencia de la Administración pública y de la disponibilidad de información sobre asuntos de interés público en una sociedad plural y democrática. Considera que un amplio acceso a los documentos oficiales, sobre la base de la igualdad y de acuerdo con reglas claras, permite al público tener una perspectiva adecuada y formar una opinión crítica sobre la situación de la sociedad en la que vive y sobre las autoridades que le gobiernan, a la vez que anima a la participación informada del público en asuntos de interés común; fomenta la eficiencia y la eficacia de las Administraciones y ayuda a mantener su integridad, evitando el riesgo de corrupción; y contribuye, finalmente, a afirmar la legitimidad de las Administraciones como servicios públicos y a reforzar la confianza del público en las autoridades públicas. Por todo ello, los Estados deben esforzarse en facilitar el mayor acceso posible, dentro del respeto a otros derechos e intereses legítimos.

Los principios sentados por la Recomendación constituyen un *minimum standard*, sin perjuicio de las leyes y reglamentos nacionales que ya reconozcan un derecho de acceso a los documentos oficiales más amplio.

(9) Como texto pionero puede reseñarse la Recomendación de la Asamblea General 854 (1979), relativa al acceso del público a los documentos oficiales y a la libertad de información, que, inspirada en la *Freedom of Information Act* estadounidense, sugiere a los Estados un sistema de libre acceso a los documentos oficiales, sometido a una serie de excepciones. Dos años más tarde, el Comité de Ministros tomó el testigo, aprobando un texto de referencia, la Recomendación 19 (1981), de 25 de noviembre, sobre el acceso a la información en poder de las autoridades públicas, que apuntaba un mínimo estándar común que se propone a los Estados miembros del Consejo de Europa. El principio general sería el derecho a la información en poder de la Administración (no del resto de poderes públicos), cuyo titular sería toda persona, sin que cupiese exigir un interés particular en la información en cuestión, sometido, eso sí, a excepciones por motivos de interés público o privado.

Se corresponden en buena medida con los sentados en la Recomendación de 1981. De este modo:

— El *concepto de documento oficial* tiene la mayor amplitud, y viene a coincidir con toda información, cualquiera que sea su formato, en poder de la Administración o, incluso, de las personas naturales y jurídicas en la medida en que realicen funciones públicas o ejerzan autoridad administrativa de acuerdo con el Derecho nacional. No incluye los documentos preparatorios ni la información en manos del poder legislativo o judicial, si bien los Estados pueden considerar hasta qué punto pueden extenderse estos principios a dicha información (10).

— Toda persona es *titular del derecho*, sin necesidad de motivar la solicitud y sin discriminación de ningún género, incluido el origen nacional (11).

— Se establecen una serie de intereses, tanto públicos como privados, cuya salvaguarda puede exigir cierto secreto que se traduzca en una *excepción* al derecho de acceso (12). Dichas excepciones, que debieran ser en todo caso temporales, han de preverse de forma precisa en la ley, y ser necesarias en una sociedad democrática, proporcionadas al objetivo a proteger, y, en todo caso, sólo entrarán en juego cuando la revelación sea susceptible de menoscabar efectivamente algunos de estos intereses.

— La Recomendación revela una honda preocupación por garantizar la *flexibilidad y efectividad real del sistema*. Así, se prevén plazos breves preestablecidos de respuesta, la no onerosidad del acceso y de los recursos contra la denegación del mismo, a la vez que se impone a las autoridades públicas un deber de auxilio en el ejercicio del derecho, y el control por una autoridad independiente (no necesariamente judicial) de las decisiones tomadas por la autoridad que posee la información solicitada (13).

(10) Artículos 1 y 2.

(11) Artículo 3.

(12) Artículo 4. Dichas finalidades se concretan en la protección de intereses públicos superiores (así, la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales; la seguridad pública; la prevención, investigación y persecución de actividades criminales); la intimidad y otros intereses privados legítimos (a cuyo respecto se precisa expresamente que esta normativa no afecta al derecho de acceso y sus limitaciones previstas en el Convenio para la protección de los individuos respecto al tratamiento automático de datos personales); los intereses comerciales y otros intereses económicos, sean privados o públicos (aquí habría que incluir, destacadamente, la propiedad intelectual e industrial); la igualdad de las partes en los procesos judiciales; la naturaleza (se trasluce aquí la preocupación finisecular por el medio ambiente, que puede a veces requerir del secreto —p. ej., ubicación de especies protegidas—); la inspección, control y supervisión por las Administraciones; las políticas económica, monetaria y cambiaria del Estado; la confidencialidad de las deliberaciones dentro de o entre las Administraciones durante la preparación interna de un asunto.

(13) El procedimiento y el control se regulan en los artículos 6 a 9. El solicitante no ha de motivar la solicitud, que sólo puede someterse a formalidades mínimas. La tramitación se lleva a cabo por la autoridad pública en cuyo poder obre el documento en cuestión, en base a un principio de igualdad de trato, y con prontitud, respetando plazos preestablecidos. Toda autoridad pública tiene un deber de auxilio, en virtud del cual debe, en la medida de lo posible, ayudar a identificar el documento solicitado y, si no obra en su poder, reenviar al solicitante a la autoridad competente. La solicitud sólo podrá inadmitirse si resulta manifiestamente irrazonable. La denegación puede ser total o parcial, siendo esta última la pertinente si los límites sólo afectan a una parte del documento, y debiendo indi-

— Se añade una batería de *medidas complementarias* para aumentar la difusión y eficacia del servicio que entran dentro del terreno de la organización y la gestión administrativas. Es la llamada «información del servicio», esto es, la información al público de sus derechos de acceso y de cómo ejercitarlos; la formación del personal a cargo del mismo; y la obligación de asegurar que los solicitantes pueden ejercitar su derecho. Para este fin, las autoridades públicas deben, en particular, gestionar sus documentos de forma eficiente para que sean fácilmente accesibles; aplicar reglas claras y preestablecidas para la conservación y destrucción de sus documentos; y, en la medida de lo posible, facilitar la información sobre los asuntos y actividades de los que son responsables, por ejemplo confeccionando listas o registros de los documentos en su poder

— Si bien es cierto que la Recomendación se centra en el acceso previa solicitud, la Exposición de Motivos precisa que las autoridades públicas deberían esforzarse en desplegar una política de *información activa*, con el objetivo de poner a disposición del público cualquier información que juzguen útil en una sociedad democrática y transparente. Al respecto, se recomienda que la autoridad pública, por su propia iniciativa y cuando fuera apropiado, adopte las medidas necesarias para hacer pública información en su poder cuando su difusión sea de interés para promover la transparencia de la Administración pública y la eficiencia dentro de las Administraciones o cuando pueda animar la participación informada del público en asuntos de interés público (14).

A esta regulación general hay que añadir todo un conjunto de normas sectoriales referidas al acceso a la información, activa y pasiva, en diferentes sectores, como el medio ambiente o la sanidad, en cuyo detalle no podemos ahora entrar.

2. *El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950*

En lo que respecta al sistema del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de no-

carse claramente cualquier omisión. No obstante, si la versión parcial del documento puede dar lugar a confusión o carece de sentido, puede denegarse el acceso. Si se concede el acceso, debe permitirse la inspección del original (de forma gratuita) o facilitarse una copia (que puede someterse al pago de su coste real), tomando en cuenta, hasta donde sea posible, la preferencia expresada por el solicitante. Ha de arbitrase un sistema expeditivo y económico de revisión de las decisiones de inadmisión, rechazo parcial o total, o no tramitación en plazo, ante un tribunal u otra autoridad independiente e imparcial prevista por ley.

(14) Artículo 11. Asimismo, cabe reseñar, al menos, la Recomendación del Consejo de Ministros núm. 13, adoptada el 13 de julio de 2000, sobre política europea en materia de acceso a archivos. De nuevo se parte de un principio de libre acceso, sometido a excepciones. La norma llama, en este sentido, a la necesaria coordinación con las legislaciones nacionales en materia de acceso a la información y protección de datos.

viembre de 1950 (en adelante, CEDH), y a falta de la consagración expresa en su articulado del derecho a la información en poder de la Administración, se ha planteado si debe considerarse incluido en su artículo 10. Éste se refiere a la libertad de expresión, que comprende la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber interferencias de la autoridad pública (15). A nuestros efectos, la cuestión clave radica en determinar si dicho precepto, pensado originariamente, como el resto de los derechos fundamentales, como medio de garantizar la libertad de información *frente* a la injerencia de los poderes públicos, puede entenderse como incluso del derecho a acceder a la información en poder de la Administración, y la obligación consiguiente de ésta de facilitarla.

La cuestión se ha planteado frontalmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en contadas ocasiones (16). En todos los casos, el Tribunal ha preferido enfocar la demanda por la posible vulneración del artículo 8, que garantiza el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia (17). Esta solución se explica porque en los asuntos de que ha conocido hasta el momento se pretendía información concerniente a la vida personal de los propios solicitantes, de modo que el Tribunal ha preferido optar por encajar la obligación de facilitarla dentro del contenido activo del derecho al respeto a la vida privada, en línea con las facultades positivas que se integran actualmente en el derecho a la privacidad o a la «autodeterminación informativa» en los ordenamientos nacio-

(15) «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Sobre el tema, vid. J. BONET, *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Ed. PPU, 1994.

(16) Abordan directamente el tema las Sentencias *Leander*, de 26 de marzo de 1987 (acceso por una persona a su expediente policial); *Gaskin*, de 7 de julio de 1989 (acceso por una persona a su expediente en poder de los servicios de asistencia social); y *Guerra* y otros, de 19 de febrero de 1998 (acceso por los vecinos de una industria contaminante a la difusión por la Administración de información en materia medioambiental). Junto a estas Sentencias, las Decisiones de la Comisión de 31 de mayo de 1974 (acceso por concejales a información); de 3 de octubre de 1979 (acceso por el interesado a documentos que le afectan); de 14 de diciembre de 1979 (acceso a información sobre comisión de régimen penitenciario); o de 14 de octubre de 1991 (acceso por las esposas de presos políticos de ciudadanos europeos en un país africano a información sobre el paradero y estado de sus esposos).

(17) «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

nales (18). En todo caso, el Tribunal no ha descartado que la libertad de información (y el derecho a obtenerla) pueda hacerse valer frente a la Administración, en función de las circunstancias del caso. En efecto, se ha limitado a subrayar que la libertad de recibir información se caracteriza, *al menos de forma principal*, como un derecho a obtenerla de los sujetos privados sin injerencia del poder público, y que no era de aplicación en las circunstancias de autos (19). En definitiva, las circunstancias de los asuntos de que ha conocido han permitido al TEDH adoptar la perspectiva del artículo 8, sin pronunciarse con carácter general sobre si del artículo 10 puede derivarse una obligación de la Administración de poner información a disposición de los ciudadanos, sea previa solicitud o sea por propia iniciativa (20). En todo caso, no parece que haya de descartarse, principal-

(18) No obstante, en algún caso este enfoque ha resultado un tanto forzado, a nuestro juicio. Así, en el asunto *Guerra* la información solicitada no era información personal (en el sentido de la legislación de protección de datos personales, esto es, referida a sujetos identificados o identificables), sino información a los vecinos sobre los riesgos para la población derivados del funcionamiento de una industria, que detentaba con exclusividad la Administración. Tampoco en este caso el Tribunal apoyó la condena en el artículo 10 (libertad de información), sino en el 8 (respeto a la vida familiar y personal), con apoyo una interpretación amplia del ámbito de protección de este derecho con precedentes en su jurisprudencia anterior (Sentencia *López Ostra*, de 9 de diciembre de 1994, posteriormente reafirmada en la Sentencia *Hatton*, de 2 de octubre de 2001). Esta opción fue, cuanto menos, polémica, como prueban los votos particulares y el dato de que la propia Comisión había declarado la vulneración del derecho a la libertad de información, *ex officio* artículo 10, único artículo invocado inicialmente por los demandantes. El Tribunal, por el contrario, recurrió de nuevo al principio sentado en la Sentencia *Leander*, y juzgó que la libertad de información no puede interpretarse como una imposición al Estado, *en circunstancias como las del presente asunto*, de obligaciones positivas de recoger y difundir informaciones por su propio impulso. Influyó probablemente que el asunto ponía en cuestión si del artículo 10 CEDH se deriva no sólo la obligación de la Administración de facilitar información a solicitud de los ciudadanos, sino incluso si debía haberlo hecho *ex officio* (siendo así que a ambas estaba obligada la autoridad pública por la legislación aplicable). El TEDH se centró, para rechazar la reconducción al artículo 10, en la obligación activa, y estimó que no puede derivarse del artículo 10. Esto es, no juzgó pertinente abrir en este caso la espita del artículo 10 hasta el punto de que imponga una obligación de informar *motu proprio*, lo cual en todo caso tampoco llegó a descartar como cuestión de principios.

(19) El principio general, luego reiterado, fue elaborado en la Sentencia *Leander*: «[...] el derecho a la libertad de recibir información prohíbe básicamente que un Gobierno impida a una persona recibir información que otras quieren o pueden estar dispuestas a ofrecerle. El artículo 10 no confiere al individuo, *en circunstancias como las del caso de autos*, un derecho de acceso a un registro que contenga información sobre su situación personal, ni conlleva la obligación del Gobierno de facilitar una información tal al individuo» (apartado 74) (la traducción y la cursiva son nuestras). En los mismos términos, Sentencia *Gaskin*, apartado 52.

(20) Para el Abogado General Leger, en sus Conclusiones a la STJCE de 6 de diciembre de 2001, asunto C-353/99 P, Consejo contra *Heidi Hautala*, de esta jurisprudencia no cabe extraer que el derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales incluya el derecho de acceso a la información (lo cual le merece una valoración negativa). El propio Leger cita a M. O'NEILL, *The Right of Access to Community Held Documentation as a General Principle of EC Law, European Public Law*, vol. 4, Issue 3, págs. 403 y ss., como exponente de una interpretación diferente de la jurisprudencia de Estrasburgo. Para J. BONET, *op. cit.*, el artículo 10 ampara el derecho de acceso a documentación administrativa pero sólo como posibilidad que puede ser necesaria en función de las circunstancias, por lo que no se está ante un derecho que se derive directa y genéricamente del artículo 10 CEDH; y con un alcance jurídico limitado, reducido a la documentación de interés directo

mente en aquellos supuestos en que es la Administración la única detentadora de la información.

Lo cierto es que los documentos emanados del Consejo de Europa parecen acoger esta perspectiva. La propia Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002, sobre acceso a la información oficial, y la de 13 de julio de 2000, sobre política europea en materia de acceso a archivos, a las que nos hemos referido *supra*, invocan como normativa de referencia, entre otros, a los artículos 8 y 10 del CEDH. En todo caso, quizá fuera más clarificador su reconocimiento autónomo. En este sentido, la Asamblea ha anunciado su intención de intercalar en el Convenio una disposición relativa al derecho de acceso a los documentos, habida cuenta que a menudo, en la sociedad actual, las Administraciones públicas poseen informaciones inaccesibles por otros medios, y teniendo en cuenta que la información previene la corrupción y el derroche de fondos públicos (21).

III. UNIÓN EUROPEA

1. *Evolución normativa y fundamento del derecho de acceso a la información*

El derecho a la información en poder de las Instituciones y Agencias comunitarias ha seguido toda una evolución que, partiendo de su negación, ha llegado a su reconocimiento en los textos de alcance constitucional.

Originariamente, no existía un derecho general de acceso a la información en poder de la Administración comunitaria (22). La decisión de facilitar una información solicitada por un ciudadano quedaba a la discrecionalidad de cada Institución.

Los primeros pasos hacia el reconocimiento de un verdadero derecho a

y personal para el individuo, siempre que presente una importancia particular para su situación.

(21) En realidad, ya en 1982, la Declaración del Comité de Ministros de 29 de abril, sobre libertad de expresión e información, tras subrayar que ésta es un elemento fundamental para una democracia efectiva, se refería a la libertad de recibir información *con independencia de la fuente de donde provenga*, a la vez que, entre otras manifestaciones de dicha libertad, en su punto II.b), declara que los Estados deben perseguir una *política informativa abierta, que incluya el acceso a la información en su poder*, como forma de reforzar las posibilidades del individuo de discutir libremente sobre asuntos políticos, sociales, económicos y culturales.

(22) Nos referimos, claro está, a un derecho de cualquier ciudadano a acceder a cualquier tipo de información. No se incluyen, por tanto, la publicación de los reglamentos y directivas generales o del informe anual sobre actividades de la Comunidad; el derecho de los interesados a acceder al expediente en el curso de un procedimiento administrativo o judicial, o de los funcionarios respecto de su expediente personal (art. 26 Estatuto de los Funcionarios). Hacemos igualmente abstracción del régimen de acceso a los archivos históricos, regulado por Reglamento del Consejo de 1 de febrero de 1980, y referido al acceso público a los documentos con más de treinta años de antigüedad. Sobre el particular, vid. A. FORREST, *Naissance des archives historiques des Communautés européennes*, «Revue de Marché Commun», 1983, págs. 466-473.

la información fueron dados por el Parlamento Europeo a partir de mediados de los ochenta, inspirándose en las legislaciones nacionales pioneras y en los trabajos del Consejo de Europa a los que antes nos referimos. En dos Resoluciones de 1984 y 1988 se instaba a las Instituciones a consagrar el derecho a la información como derecho fundamental de los ciudadanos europeos (23).

El Tratado de Maastricht trató de salvar las críticas (merecidas, al menos en cierta medida) al mercantilismo y opacidad de la construcción comunitaria. Junto a otras medidas íntimamente vinculadas al objetivo de fortalecer el carácter democrático de la Comunidad (como la creación de la ciudadanía europea y la institución del Defensor del Pueblo), se incluyó una Declaración, la número 17, sobre el derecho de acceso a la información, de acuerdo con la cual «la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las Instituciones así como la confianza del público en la Administración» (24). En pro de esta finalidad de reforzar la democracia y transparencia en la actuación comunitaria, la Declaración 17 instaba a la Comisión a presentar al Consejo antes de fin de 1993 un informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las Instituciones.

Durante los años 1992 y 1993 se entró en una dinámica de impulsos políticos, de la mano de los sucesivos Consejos Europeos (25) y de trabajos preparatorios de la Comisión (26), en pro del reconocimiento del derecho

(23) Resoluciones del Parlamento Europeo de 24 de mayo de 1984 y de 23 de enero de 1988 sobre la publicidad de los procedimientos comunitarios.

(24) Idea que conectaba con el artículo 1.3 del propio Tratado, que lo calificaba como «una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serían tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que fuera posible».

(25) El Consejo Europeo de Birmingham de 16 de octubre de 1992, en su Declaración *Una Comunidad próxima a sus ciudadanos* («Boletín de las Comunidades Europeas», 12-1992, pág. 10), instó a la Comisión a que completase, a más tardar a principios de 1993, sus trabajos sobre la mejora del acceso a la información de que disponen las Instituciones comunitarias. En el Consejo Europeo de Edimburgo de 12 de diciembre de 1992 («Boletín de las Comunidades Europeas», 12-1992, pág. 10) se reiteró este requerimiento. El Consejo Europeo de Copenhague de 22 de junio de 1993 instó al Consejo y a la Comisión a que continuaran sus trabajos sobre la base del principio de que debía garantizarse a los ciudadanos el acceso más completo posible a la información, adoptando todas las medidas necesarias a más tardar a finales de 1993 («Boletín de las Comunidades Europeas», 6-1993, pág. 15).

(26) Un primer documento es la Comunicación de marzo de 1993 («DOCE», serie C, núm. 63, págs. 8-10) relativa a una «*mayor transparencia en el trabajo de la Comisión*». Se pronuncia a favor de la confidencialidad respecto del trabajo en comitología, aunque no en otros comités consultivos y grupos de expertos, en que se plantea valorar las necesidades de acceso, por una parte, y de efectividad y confidencialidad, por otra. El 5 de mayo de 1993 aprueba una Comunicación relativa al *Acceso de los ciudadanos a los documentos de las Instituciones* («DOCE», serie C, núm. 156, págs. 5-12). Parte de un análisis de las medidas de transparencia adoptadas hasta la fecha y de las prácticas nacionales en materia de información activa y pasiva. Invita a las demás Instituciones y a los Estados a asumir el «principio del máximo acceso posible a la información disponible» y, a partir del análisis comparado, dibuja los principios generales del régimen jurídico del acceso a la información, que propone consensuar con las restantes Instituciones a través de un Acuerdo Interinstitucional. Todo ello se establece como medio para acercar las Instituciones a los ciudadanos y suscitar un debate más activo y un conocimiento más cabal sobre los asuntos

de acceso a la información, dentro del contexto más general de cumplimiento del mandato de profundización en los principios de transparencia, democracia y participación contenidos en el artículo 1.3 TUE. Como culminación, el día 6 de diciembre de 1993 el Consejo y la Comisión aprobaron el llamado *Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión*. Carecía de efectos jurídicos, siendo sólo una expresión de coordinación voluntaria interinstitucional (27), pero constituía la base para su posterior positivación y desarrollo por cada Institución. Esto tuvo lugar de forma inmediata en el caso del Consejo (28) y de la Comisión (29) y, con posterioridad, en el del Parlamento (30) y el resto de Instituciones —como el Comité Económico y Social (31) o el Comité de las Regiones (32)— y Agencias. Todas estas normas reproducían las disposiciones del Código de Conducta, con las oportunas precisiones derivadas de la diferente naturaleza de las actividades de cada Institución.

El siguiente paso de la evolución consistió en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información. A falta de consagración de este derecho en el articulado del Tratado de Maastricht, los textos aprobados por las Instituciones y Agencias habían recurrido como base jurídica al artículo 151.3 TCE, esto es, la competencia de cada uno de ellos para establecer su organización interna. Ahora bien, resultaba evidente que el contenido de dichas normas trascendía con mucho lo meramente organizativo, consagrando un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos. Esta contradicción dio origen a una polémica sobre cuál había de ser el papel del Parlamento en la delimitación de un derecho tal, y en qué tipo de norma debía estar contenido. El Juez comunitario reconoció que la normativa confería a los ciudadanos un derecho de particular importancia conectado con los principios de democracia y transparencia, de reconocimiento constitucional y/o legal en los Derechos estatales, pero que, «en el Estado actual del Derecho comunitario» y «mientras que el legislador co-

comunitarios que, a su vez, incrementa la confianza de los ciudadanos en la Comunidad. El 2 de junio de 1993 aprueba otra Comunicación sobre *Transparencia en la Comunidad*, que, en ese marco más amplio, desarrolla dichos principios. El 25 de octubre de 1993 se firmó una Declaración interinstitucional sobre *La democracia, la transparencia y la subsidiariedad*, en que se anunciaba, entre otras medidas, la mejora del acceso público a los documentos en poder de la Comisión, a partir del 1 de enero de 1994.

(27) Como se encargó de subrayar el TJCE en la importante Sentencia de 30 de abril de 1996, asunto C-58/94, Reino de los Países Bajos contra Consejo, Rec. pág. I-2169, apartados 26 y 27.

(28) Su Reglamento interno, modificado el 20 de diciembre de 1993, no abordó directamente la cuestión del derecho de acceso, pero previó en su artículo 22 que el Consejo aprobaría las modalidades de acceso a documentos del mismo cuya divulgación no tuviera consecuencias graves o perjudiciales. El mismo día se aprobó la Decisión 93/731/CE, de 20 de diciembre, que lo regula.

(29) Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom, de 8 de febrero, precisada por la de 4 de marzo de 1994, sobre la mejora del acceso a los documentos.

(30) Decisión de la Mesa 97/632/CE, CECA, Euratom, de 10 de julio, completada por la Decisión de la Mesa de 17 de abril de 1998 sobre el canon aplicable al envío de documentos voluminosos.

(31) Decisión de 27 de mayo de 1997.

(32) Decisión de 17 de septiembre de 1997.

munitario no haya adoptado una normativa general que regule dicho derecho», había de entenderse que la facultad de autoorganización podía considerarse base jurídica suficiente (33). A nuestro juicio, prevaleció ante todo la voluntad de no frustrar los primeros pasos emprendidos para responder a la exigencia, política y social, de transparencia. De este modo, el TJCE hubo de moverse «entre dos aguas»: reconocer el carácter «constitucional» del derecho de acceso, derivado del principio democrático, de una parte; y admitir que pudiera ser objeto de regulación de índole «administrativa», como único modo de hacerlo efectivo a falta de normativa de mayor rango, de otra.

Esta polémica no fue estéril sino que, por el contrario, mostraría su influencia en la revisión del Tratado de la Unión Europea. Esta vez, en lugar de contemplar el derecho de acceso sólo como una línea de actuación futura en una Declaración anexa al Tratado, vencieron las posturas favorables a la inclusión del mismo en su articulado. De este modo, el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, introdujo el actual artículo 255, que consagró el derecho de todo ciudadano o residente en la Unión a acceder a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, de acuerdo con los principios y límites que había de fijar el Consejo en el plazo de dos años desde su entrada en vigor (que tuvo lugar el 1 de mayo de 1999; por tanto, antes del 1 de mayo de 2001), a lo que había de seguir una modificación de los respectivos reglamentos internos de cada Institución (34). En efecto, de acuerdo con dicho artículo:

«1. 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 del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

(33) STJCE de 30 de abril de 1996, asunto C-58/94, Reino de los Países Bajos contra Consejo, Rec. pág. I-2169. El Gobierno de los Países Bajos, apoyado por el Parlamento, venía a argumentar que el principio de transparencia y el derecho a la información que lleva aparejado en cuanto derecho fundamental constituyen condiciones esenciales de la democracia y, por consiguiente, no pueden tratarse como cuestiones de organización meramente interna de las Instituciones, sino que han de implementarse siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, con intervención parlamentaria. El TJCE siguió las elaboradas Conclusiones de su prestigioso Abogado general Tesauro, que ponían de relieve la conexión entre control democrático y derecho de acceso y el reconocimiento generalizado de éste en el Derecho del Consejo de Europa y en el Derecho comparado.

(34) Asimismo, se modificó el artículo 207 (*ex art.* 151), que queda del siguiente tenor: «A efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 255, el Consejo fijará en dicho reglamento las condiciones en las que el público tendrá acceso a los documentos del Consejo. A efectos del presente apartado, el Consejo definirá los casos en los que deba considerarse que actúa en su capacidad legislativa a fin de permitir un mayor acceso a los documentos en esos casos, sin menoscabo de la eficacia de su proceso de toma de decisiones. En cualquier caso, cuando el Consejo actúe en su capacidad legislativa, se harán públicos los resultados de las votaciones y las explicaciones de voto, así como las declaraciones en el acta».

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará 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, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.

3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos.»

No quedó ahí la voluntad de constitucionalizar el derecho de acceso. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 (35), consagró el derecho de acceso en su artículo 42, conforme al cual:

«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» (36).

En ejecución de estas previsiones «constitucionales», y en concreto del 255.2 TCE (ya que la Carta, *per se* y por el momento, sólo tiene valor programático), el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron por codecisión el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Se fundamenta, como expresa su Exposición de Motivos, en los principios de transparencia, apertura y proximidad, participación, democracia y respeto a los derechos fundamentales, y viene a sustituir la anterior normativa de acceso, cuyo contenido, como veremos, retoma, perfecciona y amplía (37). En consecuencia, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 255.3 TCE, se hizo necesario proceder a una adaptación de los

(35) La proclamación de la Carta siguió un procedimiento «constituyente» *sui generis*. Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Hacia una Constitución para los ciudadanos europeos*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 45, 2002, págs. 11 y ss.

(36) El vínculo entre el artículo 42 de la Carta y el artículo 255 CE queda de manifiesto en la nota explicativa que acompaña la presentación de dicho artículo, que precisa que «el derecho garantizado en este artículo es el que garantiza el artículo 255 del Tratado CE». Ciertamente, nada añade la Carta al *contenido* de este derecho, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Carta, los derechos que, como el de acceso, tienen su fundamento en los Tratados comunitarios se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. Ahora bien, su calificación como derecho fundamental y su inclusión, por ello mismo, en un texto constitucional resultan expresivas de la naturaleza de este derecho.

(37) Así, modifica las normas de confidencialidad de los documentos de Schengen y deroga la Decisión 93/731/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1993; la Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom de la Comisión, de 8 de febrero de 1994; la Decisión 97/632/CE, CECA, Euratom del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 1997. Asimismo, conmina a la Comisión a examinar la conformidad con el mismo del Reglamento (CEE, Euratom) núm. 354/83 del Consejo, de 1 de febrero de 1983, relativo a la apertura al público de los archivos históricos de la CEE y de la CEEA.

Reglamentos internos de cada Institución, lo que se llevó a cabo en los meses de noviembre y diciembre de 2001 (38).

Al final de esta evolución se ha dado origen a todo un trenzado normativo, de naturaleza constitucional, legislativa y reglamentaria (en la medida en que es posible establecer el paralelismo con las categorías nacionales). Curiosamente, a la construcción de este tejido se ha llegado de abajo arriba: inicialmente, fueron normas organizativas las que precedieron al reconocimiento constitucional del derecho; en la actualidad, es a partir de dicho reconocimiento constitucional que se ha procedido a modificar las respectivas normas organizativas.

Como hemos comprobado, el reconocimiento del derecho de acceso en el Derecho comunitario se ha vinculado con el principio de democracia, y sus exigencias de participación y control de los ciudadanos en los asuntos públicos, de transparencia. En el Derecho comunitario se configura, en la actualidad, como un derecho fundamental autónomo, independiente de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información (39), asociado a la ciudadanía comunitaria, esencial para hacer efectiva la propia calificación de la Comunidad como «Estado» democrático acogida en el artículo 6 TUE (40). Asimismo, el Juez comunitario ha puesto de relieve

(38) El Parlamento, por Decisión de 13 de noviembre de 2001, complementada por Decisión de la Mesa de 28 de noviembre de 2001; el Consejo, por Decisión de 29 de noviembre de 2001 (2001/840/CE), que, a su vez, integra la normativa dictada en los años precedentes. En efecto, en diciembre de 1999 se aprobó la Decisión del Consejo sobre la mejora de la información relativa a las actividades legislativas del Consejo y el registro público de documentos del Consejo, en vigor desde 1 de enero de 2000. En 2000, la Decisión de 27 de julio de 2000, del Secretario General del Consejo/Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común, sobre medidas de protección de la información clasificada aplicables en la Secretaría General del Consejo, relativa a cuestiones de seguridad y defensa de la Unión o de uno o varios de sus Estados miembros o a la gestión militar y no militar de crisis, y la Decisión del Consejo de 14 de agosto de 2000 sobre información confidencial habían modificado la Decisión del Consejo de 1993, así como la de diciembre de 1999. Finalmente, la Comisión llevó a cabo la adaptación de su Reglamento interno mediante Decisión de 5 de diciembre de 2001 (2001/937/CE, CECA, Euratom).

(39) Acogida en el artículo 11 de la Carta, que dispone: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo». Como puede observarse, ambos derechos se regulan de forma independiente y en capítulos distintos: el derecho de acceso dentro del Capítulo V («Ciudadanía») y la libertad de información en el II («Libertades»). Distintos son también sus destinatarios (en el primer caso, toda persona; en el segundo, los ciudadanos y las personas físicas o jurídicas residentes) y su garantía, dado que mientras que el derecho de acceso, conforme al 52.2, se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites determinados por el Tratado, en el que dicho derecho tiene su fundamento, la libertad de recibir información, según el artículo 52.3, tendrá un sentido y alcance igual, al menos, al que le confiere el Convenio, puesto que se corresponde con el derecho consagrado en el artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos.

(40) Antiguo artículo F, conforme al cual: «1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

desde un principio esta vinculación entre derecho de acceso y principio de democracia y transparencia (41), y ha seguido una línea jurisprudencial tenaz en su objetivo de dotar a dicho principio de la máxima efectividad.

Resulta destacable que la consagración de este derecho ha venido de la mano de exhaustivos estudios de Derecho comparado, tanto a nivel legislativo (42) como judicial (43), que han puesto de manifiesto que se trata de un derecho reconocido en los Estados miembros, a menudo con carácter constitucional y en los demás casos con reconocimiento legal, autónomo, en todo caso respecto a la libertad de expresión. Es esta pertenencia al acervo jurídico de los Estados miembros la que ha llevado a su consagración como derecho fundamental comunitario.

(41) Desde la STJCE de 30 de abril de 1996, asunto C-58/94, Reino de los Países Bajos contra Consejo, Rec. pág. I-2169, como vimos. Con posterioridad, el TJCE ha seguido insistiendo en la idea. A partir de las Declaraciones políticas y las Exposiciones de Motivos de los textos de base, resalta que el derecho de acceso tiene por objetivo asegurar una mejor participación de los ciudadanos en el proceso decisorio, así como garantizar una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en un sistema democrático. Contribuye, así, a reforzar el principio de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales (SSTPI de 14 de octubre de 1999, *Bavarian Lager* contra Comisión, T-309/97, Rec. pág. II-3217, apartado 36; y de 7 de febrero de 2002, asunto T-211/00, *Aldo Kuijter* contra Consejo, apartado 52).

(42) Con ocasión de la aprobación del Código de Conducta, en 1993, y del nuevo Reglamento, en 2001, se hicieron públicos sendos estudios. El primero, «El acceso del público a la información», se publicó como anexo a la Comunicación de 5 de mayo de 1993, COM (93) 191 final («DO» C 156, pág. 5). Al segundo, de 9 de octubre de 2000, puede accederse a través de la página europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/acc_doc/index_fr.htm#.

(43) Resultan una buena síntesis expresiva de los análisis jurídicos llevados a cabo en el seno del Tribunal las Conclusiones a los Abogados generales, mucho más propicias a la divagación conceptual y al estudio comparado. En las elaboradas por Leger, en la STJCE de 6 de diciembre de 2001, asunto C-353/99 P, Consejo contra *Heidi Hautala*, se hace un exhaustivo estudio comparado y se concluye que el derecho de acceso es un derecho reconocido, con las naturales diferencias en los grados de protección y formas de ejercicio, en el Derecho convencional, internacional y europeo, y en el Derecho interno de los Estados miembros. Tales normas nacionales, pertenecientes a regímenes jurídicos que no tienen necesariamente un contenido homogéneo, traducen, no obstante, una concepción común de la mayor parte de los Estados miembros descrita por el Abogado general Sr. Tesouro con la siguiente fórmula: «no es cierto que todo es confidencial salvo lo que de modo expreso se declara accesible, sino exactamente lo contrario». Por ello mismo, debe considerarse un principio general del Derecho comunitario, que trasciende la regulación organizativa y se relaciona con los propios fundamentos democráticos de la Comunidad. Tal principio se situaría en la cúspide de las normas comunitarias, de forma expresa a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y de la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales, que además han precisado su contenido y su estatuto. De este modo, la calificación, en la Carta, del derecho de acceso a los documentos como derecho fundamental constituiría una nueva etapa en la labor de reconocimiento y jerarquización de dicho principio dentro del ordenamiento jurídico comunitario, ya que, dejando al margen cualquier consideración sobre su alcance normativo, al tener como fuente, de acuerdo con su Preámbulo, las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, constituye un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales que vinculan a los poderes públicos comunitarios, uno de los cuales sería el derecho de acceso, que, como tal, debe ser interpretado con la amplitud que exige su verdadera naturaleza.

2. Alcance

A) Sujeto activo.

El Código de Conducta y las disposiciones que lo implementaron se referían genéricamente al acceso por parte del «público». El Reglamento de 2001 ha establecido que es beneficiario del derecho de acceso todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, en línea con lo dispuesto por el Tratado y por la Carta de Derechos Fundamentales. Esto es, se trata de un derecho inherente a la ciudadanía europea. Las restantes personas no son titulares de un derecho; respecto de ellas, las Instituciones no tienen un deber de permitir el acceso, sino la facultad libre de permitir el acceso o no, eso sí, con las condiciones y límites generales contemplados en el Reglamento (44).

La solicitud de acceso no se condiciona a la acreditación de interés específico alguno, siguiendo así el principio mayoritario en el Derecho internacional y comparado (45). No es necesario, por tanto, motivar la solicitud, lo que supone, probablemente, la auténtica efectividad del derecho como medio de fomentar la participación ciudadana y el control del poder público.

B) Sujeto pasivo.

La actual normativa ha dado un paso adelante en la extensión del ámbito subjetivo respecto a la normativa anterior, al declarar expresamente aplicable la regulación del derecho de acceso a las demás Instituciones y Agencias comunitarias (que, por lo demás, ya habían aprobado su propia normativa de acceso bajo la normativa anterior; inspirada en el Código de Conducta de 1993) (46). No es de aplicación, obviamente, a los Estados

(44) Artículos 2.1 y 2.2. Ahora bien, el Reglamento interno de la Comisión ha extendido también a ellos el derecho de acceso del artículo 1. Conforme a la regulación del Parlamento, salvo que incurran en excepciones, todo ciudadano o residente y, en la medida de lo posible, a otras categorías de personas.

(45) En algún caso, las Instituciones han objetado que no cabe recurrir contra la denegación de acceso a documentos que los demandantes ya han obtenido por otras vías, con el único objetivo, general y político, de chequear el buen funcionamiento del sistema. El Juez comunitario ha reafirmado que toda persona puede solicitar tener acceso a cualquier documento de la Comisión no publicado, sin que sea necesario motivar la solicitud, ya que el objetivo de la normativa de acceso es traducir el principio que postula por un acceso de los ciudadanos a la información lo más amplio posible con el fin de reforzar el carácter democrático de las Instituciones, así como la confianza del público en la Administración, por lo que el hecho de que los documentos solicitados hayan pasado a ser de dominio público carece de pertinencia a este respecto. SSTPI de 17 de junio de 1998, asunto T-174/95, *Svenska Journalistförbundet* contra Consejo, o de 6 de febrero de 1998, asunto T-124/96, *Interporc* contra Comisión.

(46) Artículo 2.3 y Considerando 8.

miembros, que, no obstante, como precisa el propio Reglamento, están sujetos a la obligación general de cooperación leal con la Comunidad (47).

C) Acceso a la información y acceso a la documentación.

Los primeros impulsos políticos, tanto la Declaración núm. 17 anexa al Tratado de Maastricht como los posteriores Consejos Europeos, se referían genéricamente a garantizar el acceso a la *información* en poder de las Instituciones. Sin embargo, tanto el Código de Conducta como las Decisiones del Consejo y la Comisión que lo dotaron de efectos jurídicos, el artículo 255 TCE, el artículo 42 de la Carta y el Reglamento de 2001, aluden al derecho de acceso a los *documentos* en poder de las Instituciones (48).

Una de las conclusiones de los análisis comparados llevados a cabo por la Comisión es la amplitud del concepto de documento, sin que exista limitación en la forma o soporte del mismo. El Reglamento de 2001 se hace eco de esta problemática y define documento no como continente, sino como todo *contenido*, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual), referente a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución.

D) Documentos accesibles.

El derecho de acceso tiene, en la actual normativa comunitaria, la mayor amplitud: se aplica a todos los documentos, sean finales o preparatorios, y a todos los ámbitos de actuación comunitaria, incluidos aque-

(47) Si les es de aplicación directa la normativa comunitaria relativa al acceso del público a la información medioambiental. Recientemente se ha aprobado al respecto la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, que deroga a la pionera Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio (adaptada a nuestro Derecho interno por Ley 38/1995, de 12 de diciembre). En este trabajo nos limitamos al estudio de la normativa general aplicable a las Instituciones. Sobre el tema, véase A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 1998.

(48) El Código de Conducta y las normas que lo implementaron entendían por documento «todo escrito, sea cual fuere su soporte, que contenga datos existentes». Si bien la Decisión de la Comisión de 1994 lo amplió, para su ámbito, a los documentos no escritos. Esto es, concebían documento como *continente* de datos. Bajo la normativa anterior, se le planteó al Juez comunitario si el Derecho comunitario, a través de la normativa de acceso, reconoce un principio del derecho a la información, o si se limita a garantizar el derecho de acceso a documentos. El tema se relacionaba con la posibilidad de conceder el acceso parcial a un documento. El TJCE no consideró necesario pronunciarse, pero apuntó ya que del contexto en el que surgió dicha normativa se deducía que no se refiere al acceso a los «documentos» como tales, sino al acceso a los elementos de información contenidos en ellos, y reiteró el principio del acceso parcial (STJCE de 6 de diciembre de 2001, asunto C-353/99 P, Consejo contra *Heidi Hautala*, que reitera lo afirmado en la instancia por el TPI y por su Abogado general Leger). Es más, éste apuntó que el derecho de acceso puede llevar, en ocasiones, a la necesidad de redactar un nuevo documento que contenga datos provenientes de otros, en los casos en que sólo se permite el acceso parcial, por incurrir los restantes en alguna limitación al derecho de acceso, y ser imposible suprimirlos del documento original.

llos exentos, con carácter general, de control judicial, como la política exterior y de seguridad común y de justicia y asuntos interiores (49), siempre en el respeto a las normas de seguridad y a los documentos clasificados. Asimismo, debe inspirar a dichas Instituciones también en lo relacionado con los documentos relativos a las actividades a que se refieren los Tratados CECA y CEEA. Abarca los documentos para uso interno y los preparatorios (siempre que sea compatible con la eficacia del procedimiento de toma de decisiones) y los definitivos, sean administrativos o legislativos. En esto, el Derecho comunitario se muestra avanzado, pues los análisis comparados llevados a cabo por la Comisión habían apuntado que en algunos sistemas nacionales se dota a la Administración de la facultad de denegar el acceso respecto de los documentos redactados para exclusivo uso interno y los documentos preparatorios.

E) *Documentos propios y documentos ajenos.*

La normativa anterior tenía como ámbito de aplicación los documentos en poder de las Instituciones y de su autoría (50). En caso de que el documento hubiera sido redactado por otro sujeto, el solicitante había de dirigir su solicitud al autor. Era la llamada en la jurisprudencia «regla del autor» (51). Asi-

(49) Lo que había sido discutido por el Consejo bajo la normativa anterior. El Juez comunitario, en una nueva interpretación maximalista del derecho de acceso, declaró su competencia para conocer de las demandas de acceso en estos casos en las SSTPI de 17 de julio de 1998, asunto T-174/95, *Svenska Journalistförbundet* contra Consejo; y de 19 de julio de 1999, asunto T-14/98, *Heidi Hautala* contra Consejo; STJCE casación de 6 de diciembre de 2001, asunto C-353/99 P, Consejo de la Unión Europea contra *Heidi Hautala*.

(50) No se incluye el Defensor del Pueblo, que no es una institución comunitaria en el sentido del artículo 175 del Tratado (Auto de 22 de mayo de 2000, asunto T-103/99, *Associazione delle cantine sociali venete* contra Defensor del Pueblo Europeo y Parlamento Europeo).

(51) Su legitimidad, en efecto, fue avalada por la jurisprudencia, que entendió que era lícita la exclusión de los documentos emanados de terceros a falta de una norma superior que lo prohibiera, sin que pudieran considerarse como tal las declaraciones de política general como la núm. 17 y las Conclusiones de los Consejos subsiguientes (STPI de 19 de julio de 1999, asunto T-188/97, *Rothmans International BV* contra Comisión; STPI de 7 de diciembre de 1999, asunto T-92/98, *Interporc*). Estimó, en efecto, que cuando las Instituciones para tomar sus decisiones utilizan documentos emanados de terceros a los que el Derecho comunitario no garantiza el acceso, la transparencia y la confianza en el funcionamiento de las Instituciones se garantizan por una motivación suficiente (STPI de 11 de diciembre de 2001, asunto T-191/99, *David Petrie* y otros contra Comisión). En todo caso, la regla de la autoría, al tratarse de una limitación al principio de transparencia, había de interpretarse de forma restrictiva, de modo que si existían dudas sobre la identidad, comunitaria o no, del autor, no podía denegarse el acceso. De esta forma, los documentos emanados de Comités de representantes de los Estados presididos por representante de la Comisión, que auxilian a la Comisión para la ejecución de sus tareas («comitología») y respecto a los que ésta realiza labores de secretaría, redacción de actas y puesta a disposición de sus infraestructuras, han de considerarse, a los efectos del acceso, documentos de la Comisión, ya que lo contrario sería una limitación considerable de un derecho de acceso cuya importancia ha confirmado la jurisprudencia, no conforme con su objetivo mismo—SSTPI de 19 de julio de 1999, asunto T-188/97, *Rothmans International BV* contra Comisión; y de 10 de octubre de 2001, asunto T-111/00, *British American Tobacco International (Investments) Ltd* contra Comisión—. Esta interpretación supuso una ampliación considerable del ámbito de aplicación de la normativa.

mismo, existían limitaciones cuando, a pesar de que la Institución fuera la autora del documento, la información a partir de la que se redactó hubiera sido proporcionada por un tercero. Si se trataba de un sujeto privado que la había suministrado bajo condiciones de confidencialidad, había de denegarse el acceso. Si provenía de un Estado, se requería su consentimiento, salvo que fuera información de conocimiento público o el Estado no fuera el autor de dichos documentos.

Sin embargo, el estudio comparado realizado con vistas a la reforma de 2001 extrajo como conclusión que el derecho de acceso se refiere a todo documento en poder de la Administración, sea o no de su autoría, aunque, si no lo es, algunos sistemas exigen la consulta al autor o el respeto a la clasificación que éste haya otorgado a dicho documento. En consecuencia, el Reglamento de 2001 dispone que el derecho se extiende a todos los documentos que obren en poder de una Institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión (52). Cuando la Institución no sea la autora del documento, consultará a los terceros (53) con el fin de verificar si son aplicables las excepciones, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos, y, en todo caso, siempre que el documento sea clasificado. En todo caso, los Reglamentos internos han aclarado que en caso de no obtener respuesta en plazo razonable, o incluso cuando ésta fuera negativa, las Instituciones podrán conceder el acceso al documento si no concurre, a su juicio, ninguna de las excepciones. Si el tercero es un Estado miembro, podrá solicitar a la Institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado. Las normas de desarrollo de cada Institución han pormenorizado el procedimiento a seguir.

El Reglamento de 2001 ha aprovechado, en este punto, para establecer una norma vinculante para los Estados. Cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una Institución, consultará a la Institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de dicho documento.

3. *Excepciones*

A) *Clases.*

El Derecho comunitario, también en este punto, ha realizado una síntesis de las conclusiones extraídas del Derecho comparado.

La anterior normativa preveía una serie de excepciones que podían jus-

(52) Artículos 1.3 y 1.6.

(53) Se entiende por tal «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» (art. 3).

tificar la denegación de acceso, que, como aclaró la jurisprudencia, eran de dos tipos (54):

a) Las primeras eran *imperativas*, de forma que la Institución había de denegar el acceso cuando el mismo pudiera suponer un perjuicio para los intereses públicos —seguridad pública (55), relaciones internacionales (56), estabilidad monetaria, procedimientos judiciales (57) o actividades de inspección e investigación (58), así como de los intereses financieros de la Co-

(54) La jurisprudencia admitió que las Instituciones tenían derecho a invocar conjuntamente una excepción perteneciente a la primera categoría y una excepción correspondiente a la segunda categoría, o conjuntamente varias excepciones pertenecientes a la primera categoría, ya que no puede excluirse que la divulgación de determinados documentos pueda suponer un perjuicio tanto para el interés público como para los intereses particulares de terceras personas (por todas, de 13 de septiembre de 2000, asunto T-20/99, *Denkavit Nederland BV* contra Comisión).

(55) Esta excepción conecta directamente con el ámbito de la política de justicia e interior. Sobre el concepto de seguridad pública, referido tanto a la seguridad interior de un Estado miembro como a su seguridad exterior, así como a la interrupción del abastecimiento de productos esenciales, como los productos petrolíferos y los riesgos que de ello resultan para la existencia de un Estado, vid. STPI de 17 de junio de 1998, asunto T-174/95, *Svenska Journalistförbundet* contra Consejo.

(56) En relación con la política exterior y de seguridad común, siempre que pueda quedar realmente comprometida, lo que ocurre cuando el acceso a documentación que pueda revelar estrategias de la política exterior comunitaria y comprometer las negociaciones con terceros países (STPI de 12 de julio de 2001, asunto T-204/99, *Olli Mattila* contra Consejo y Comisión), o a informes en el ámbito militar y armamentístico (STJCE casación de 6 de diciembre de 2001, asunto C-353/99 P, Consejo de la Unión Europea contra *Heidi Hautala*), pero no cuando las Instituciones actúan como «observadoras» de la realidad internacional (STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-211/00, *Aldo Kuijjer* contra Consejo de la Unión Europea).

(57) Procede distinguir entre procedimientos judiciales ante la jurisdicción comunitaria o ante los tribunales nacionales. En el primer caso, debe entenderse que la protección del interés público se opone a la divulgación del contenido de documentos redactados por la Institución a los solos fines de un procedimiento jurisdiccional particular (los escritos presentados, los documentos internos relativos a la instrucción del asunto pendiente de resolución, las comunicaciones relativas al asunto entre la Dirección General interesada y el Servicio Jurídico o un bufete de abogados). En cambio, no permite eludir la obligación de facilitar los documentos que hayan sido elaborados en el marco de un expediente puramente administrativo, incluso si la aportación de esos documentos en un procedimiento seguido ante el Juez comunitario pudiera perjudicar a la Institución (STPI de 7 de diciembre de 1999, asunto T-92/98, *Interporc* contra Comisión). En el segundo caso, se ha planteado qué sucede cuando los documentos que se solicitan son informes elaborados por una Institución a petición de un Juez nacional que tiene que resolver un pleito que enfrenta a una autoridad nacional y a un ciudadano, en ámbitos regidos por el Derecho comunitario, en el asunto que dio origen a la STPI de 19 de marzo de 1998, asunto T-83/96, *Gerard van der Wal* contra Comisión, y al correspondiente recurso de casación que resolvió la STJCE de 11 de enero de 2000, *Países Bajos y Gerald van der Wal* contra Comisión, asuntos acumulados C-174/98 P y C-189/98 P. De nuevo en una interpretación pro acceso, sólo cabe restringir el acceso cuando se trate de documentos redactados a los solos fines de un procedimiento judicial particular (no así a cualesquiera otros que existan con independencia del mismo), y sólo en la medida en que no se limitan a reproducir los que ya existían o a emitir una opinión de carácter general, independiente del asunto pendiente ante el Tribunal nacional.

(58) La mayor conflictividad se plantea cuando una persona solicita documentos relacionados con la inspección e investigación por parte de la Comisión de posibles incumplimientos estatales. Como es sabido, los particulares pueden ser denunciante, pero no parte en el procedimiento administrativo ni en el proceso contencioso. Esta falta de legitimación

munidad— o privados (protección del individuo y de la intimidad y del secreto en materia comercial e industrial). En estos casos, la Institución debía examinar, para cada documento, si, vistas las informaciones de las que disponía, la divulgación es efectivamente susceptible de afectar a uno de los intereses públicos protegidos (59). Por lo tanto, para que estas excepciones fueran aplicables, el riesgo de perjuicio al interés público debía ser razonablemente previsible y no puramente hipotético (60).

b) El segundo bloque lo constituía la excepción *facultativa* relativa al secreto de las deliberaciones. En este caso las Instituciones no estaban obligadas a denegar el acceso, pero podían hacerlo. Para decidirlo gozaban de un poder de apreciación, si bien estaban obligadas a ponderar, por una parte, el interés de los justiciables en obtener el acceso a los documentos y, por otra, la necesidad de garantizar la confidencialidad de sus deliberaciones (61). El Juez comunitario debía verificar, sin sustituir la apreciación discrecional, si efectivamente se llevó el balance entre los beneficios del secreto y el interés del particular en acceder a la información, sin exceder de los límites inherentes a su poder de apreciación. No bastaba, por tanto, referirse a los documentos como relativos a deliberaciones de la Institución en cuestión. La dificultad estribaba, claro está, en que como la solicitud de acceso no tenía que ser motivada, la Institución no tiene en principio que ponderar el interés de la persona más allá del que tendría cualquier sujeto anónimo. No obstante, el Juez comunitario afirmó la necesidad de estar a las circunstancias del caso, que pueden llevar a concluir que las Instituciones conocían el contexto y los objetivos de la solicitud y, por ello, el interés particular que podía tener para un sujeto determinado el acceso a la información (62).

les ha llevado a intentar jugar un papel fiscalizador a través de las solicitudes de documentación que contenga información acerca de los pasos seguidos por la Comisión, desde la inspección, hasta la posible apertura de diligencias, la elaboración de su dictamen motivado y la ulterior presentación de recurso por incumplimiento ante el TJCE, así como sobre las respuestas y justificaciones aportadas por el Estado en cuestión. Esta información, además, puede serles útil para emprender acciones ante las Administraciones y los Tribunales nacionales. En estos casos, de nuevo una interpretación estricta exige, para justificar la denegación, que la difusión pueda efectivamente perjudicar el desarrollo de dichas actividades (así, en la Sentencia TPI de 13 de septiembre de 2000, asunto T-20/99, *Denkavit Nederland BV* contra Comisión, se solicita acceso a un Informe elaborado por expertos comunitarios relativo a la lucha contra la peste porcina en los Países Bajos), aportando, al menos por categorías de documentos, las razones por las que se considera que los documentos mencionados están relacionados con una eventual apertura del procedimiento de incumplimiento y precisando a qué se refieren. Esta excepción se aplica sólo en la medida en que el procedimiento aún se encuentre en fase de inspección e investigación (incluso si está suspendido y ha transcurrido cierto tiempo (STPI de 14 de octubre de 1999, asunto T-309/97, *Bavarian Lager Company Ltd* contra Comisión) o pendiente de resolución judicial (STPI de 11 de diciembre de 2001, asunto T-191/99, *David Petrie* y otros contra Comisión).

(59) Por todas, STPI de 13 de septiembre de 2000, asunto T-20/99, *Denkavit Nederland BV* contra Comisión.

(60) STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-211/00, *Aldo Kuijjer* contra Consejo de la Unión Europea

(61) Por todas, STPI de 12 de julio de 2001, asunto T-204/99, *Olli Mattila* contra Consejo y Comisión, apartado 69.

(62) En todo caso, el que existan discrepancias en las deliberaciones no es una razón

Los artículos 255 TCE y 42 de la Carta remitieron a la normativa de desarrollo el establecimiento de las excepciones. El Reglamento de 2001 establece las siguientes (63):

a) *En todo caso*, cuando la divulgación del documento suponga un perjuicio para la protección del *interés público*, por lo que respecta a la seguridad pública; la defensa y los asuntos militares; las relaciones internacionales; la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro (64); o *para la protección de la intimidad y la integridad de la persona*, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales.

b) *Salvo que su divulgación revista un interés público superior*, cuando suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual; los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico; el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría.

c) *Salvo que su divulgación revista un interés público superior*, cuando suponga un perjuicio *grave* al proceso de toma de decisiones y se trate de un documento elaborado por la Institución para su uso interno o recibido por ella relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, o de un documento que contenga opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión.

Como puede comprobarse, se han introducido cambios fundamentales respecto a la normativa anterior, que afectan tanto al *listado de excepciones* como al propio *balance entre secreto y publicidad* que ha de llevarse a cabo en estos casos.

— Respecto al *listado de excepciones*, se incluyen las relativas a defensa y asuntos militares (que antes se ubicaban, como hemos visto, bien en seguridad pública, bien en relaciones internacionales, y que en muchos casos se refieren a documentos clasificados); la relativa a la política económica de la Comunidad o de un Estado miembro; el asesoramiento jurídico —para acoger así un supuesto que la jurisprudencia había entendido antes digno de protección, pese a no estar incluido en la relación del Código de

en sí suficiente para denegar el acceso a las actas sin mayor ponderación, so pretexto de que ello comprometería el buen y eficaz desarrollo de las discusiones, sobre todo cuando se trata de asuntos sobre los que ya existe una postura global definida —STPI de 10 de octubre de 2001, asunto T-111/00, *British American Tobacco International (Investments) Ltd* contra Comisión—.

(63) Artículo 4.

(64) Cuando en estos ámbitos, y en particular en los dos primeros, el documento tenga su origen en las Instituciones o en sus Agencias, en los Estados miembros, en los terceros países o en organizaciones internacionales, y haya sido clasificado como «TRÈS SECRET/TOP SECRET», «SECRET» o «CONFIDENTIEL», se considera «documento sensible» y se exceptúa del régimen general de acceso (arts. 1.5 y 9.1).

Conducta (65)—; y a la actividad de auditoría, que se equipara a las de inspección e investigación (con la importante salvedad de que para denegar el acceso la publicidad debe afectar al objetivo de dichas actividades, acogiendo así la jurisprudencia que excluía que cualquier información relacionada con ellas estuviera *per se* amparada por la excepción). Finalmente, respecto de los documentos internos, se hace una distinción entre los que contienen *datos*, cuyo acceso sólo puede denegarse hasta tanto la decisión no se haya adoptado, y aquellos que contienen *opiniones*, ya que respecto de estos últimos, por ser más sensibles, puede denegarse el acceso incluso con posterioridad a la adopción de la decisión con la que están relacionados.

— En lo que hace al propio *balance secreto-publicidad*, se introduce una serie de matizaciones de gran calado. En el nuevo sistema se han distinguido tres niveles de excepción. Las primeras coinciden con algunas de las que antes eran obligatorias, y siguen el mismo régimen. Las segundas, sin embargo, están sometidas a un límite último, según el cual en determinados casos la divulgación puede considerarse un interés público prevalente (66). Resulta difícil determinar cómo podrá calibrarse el interés *público* en informar a un ciudadano concreto, máxime cuando, además, la solicitud de información no tiene que ser motivada. Todo ello llevará, sin duda, a difíciles apreciaciones y nos hace pensar que se contempla más bien la decisión abstracta de *hacer público*, con carácter general, determinados documentos (en especial, facilitando el acceso electrónico, lo que conecta, como veremos, con la progresiva pérdida de relevancia de la distinción entre información activa e información pasiva operada, en especial, por el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación). Finalmente, en el tercer supuesto, a la difícil disquisición que acabamos de reseñar se añade que en esos supuestos el acceso sólo puede denegarse cuando se pueda causar un perjuicio *grave*, con lo que se añade un concepto indeterminado más al sistema. Nótese que incluso cuando conceder el acceso puede dañar gravemente la adopción de decisiones comunitarias puede prevalecer un interés público superior en la divulgación, hipótesis que, en todo caso, revela una

(65) Habiéndole llevado a afirmar, de forma harto polémica, que la lista de excepciones de interés público tenía mero valor enunciativo. En efecto, bajo la anterior normativa se planteó si la denegación de acceso a dictámenes de los Servicios Jurídicos de las Instituciones podía justificarse en la necesidad de garantizar la estabilidad del ordenamiento jurídico comunitario y el buen funcionamiento de las Instituciones. El Juez comunitario, para salvar la confidencialidad de los informes de los Servicios Jurídicos de las Instituciones, estimó que del tenor de la disposición del Código de Conducta se desprende que lo que puede justificar la denegación de acceso a los documentos es la protección del interés público en general y que, por tanto, no está justificado limitar el alcance del concepto de interés público, contra la letra de la disposición, reduciéndolo a los cinco supuestos que figuran entre paréntesis (ATPI de 3 de marzo de 1998, asunto T-610/97 R, *Hanne Norup Carlsen* y otros contra Consejo).

(66) El supuesto es el de un particular que solicita acceso a documentación sobre, por ejemplo, la actuación llevada a cabo por la Comisión en un procedimiento por incumplimiento frente a un Estado. En el régimen anterior, si el procedimiento aún estaba en curso y la documentación era susceptible de atentar a la confidencialidad en las investigaciones, el acceso podía denegarse. Ahora será la propia Comisión la que deba evaluar si, no obstante, hay un interés *público* superior en que el solicitante, sujeto *privado*, reciba dicha información.

fuerte y encomiable apuesta por la publicidad y la transparencia y, como tal, ha de ser recibida favorablemente. Sin lugar a dudas, la práctica de las Instituciones y la labor fundamental del Juez comunitario contribuirán a perfilar este régimen.

El Reglamento de 2001 prevé que las excepciones se harán valer durante el período en que esté justificada la protección en función del contenido del documento, con un período máximo de treinta años. En el caso de los documentos cubiertos por las excepciones relativas a la intimidad o a los intereses comerciales, así como en el caso de los documentos sensibles, las excepciones podrán seguir aplicándose después de dicho período, si fuere necesario.

B) *El control de su aplicación. Reglas de interpretación y apreciación.*

Contra la desestimación del acceso cabe interponer recurso judicial de anulación ante el TPI (*ex art. 230 TCE*) y/o reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo (*ex art. 195 TCE*) (67).

Las facultades del Juez comunitario se limitan a examinar, en su caso, los documentos (68) y a anular las decisiones denegatorias si las estima ilegales. Se reproduce aquí el delicado equilibrio entre respeto del poder de apreciación de los órganos competentes para decidir y control judicial característico del Derecho público. Esta tensión se agudiza en el caso de información en materia de política exterior y de seguridad o en asuntos de justicia e interior. Como vimos, el Juez comunitario ha declarado su competencia para conocer de las demandas de acceso, cualquiera que sea el ámbito de actividad comunitaria de que se trate, incluidos los Títulos V y VI del TUE, referidos a la PESC y a la PJA. Ahora bien, la facultad de apreciación del Consejo se incardina en estos casos en las responsabilidades políticas que le atribuyen las disposiciones de estos Títulos del TUE. En estas circunstancias, el control ejercido por el Tribunal de Primera Instancia debe limitarse a comprobar el cumplimiento de las normas de procedimiento y de motivación de la decisión impugnada, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto en la apreciación de los hechos y la inexistencia de desviación de poder (69). Por lo demás, la competencia judicial se limita a anular, en su caso, la decisión denegatoria, sin que se extienda a la posibilidad de dirigir a las Instituciones o Agencias ór-

(67) Esta última, sólo para los ciudadanos o residentes, o sociedades con domicilio en la Comunidad, en sintonía con el artículo 195.1 TCE. Las resoluciones que denieguen la petición habrán de informar de dichas vías de recurso.

(68) En efecto, el Tribunal puede ordenar que se presenten los documentos solicitados, para que pueda examinarlos y apreciar así la forma en la que las Instituciones examinaron sus solicitudes de acceso a dichos documentos, aunque se trata de una facultad que no siempre ha de ejercer, sino sólo cuando lo estime necesario (así, STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-211/00, *Aldo Kuijer* contra Consejo, apartado 62).

(69) Por todas, STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-211/00, *Aldo Kuijer* contra Consejo de la Unión Europea, apartado 53.

denes conminatorias de proveer al acceso. Serán aquéllas las que, por aplicación del artículo 176, deban extraer las consecuencias necesarias del fallo, bien procediendo a una nueva denegación, pero esta vez con una motivación suficiente (que, en su caso, será susceptible de nuevo recurso), si ése fue el motivo de la anulación; bien procediendo a facilitar el acceso, si es la única solución coherente con el fallo (70). Tampoco puede obtenerse este resultado a través de una solicitud de medidas provisionales, pues la concesión de acceso por esa vía carecería del carácter provisional del que precisan dichas medidas (71).

El hilo conductor de la doctrina jurisprudencial en torno al alcance de los límites al derecho de acceso está nítidamente perfilado: toda limitación a un derecho que entronca con el principio democrático ha de interpretarse restrictivamente, a la luz del derecho a la información y del principio de proporcionalidad, de modo que no se frustre la aplicación del principio general de libre acceso (72). Esta línea directriz se manifiesta, fundamentalmente, en la exigencia de *apreciación singularizada y motivación* para cada documento, y en la obligación de conceder el *acceso parcial* cuando sea posible.

— El Juez comunitario ha sido extraordinariamente firme al interpretar la exigencia de *apreciación singularizada y motivación* de toda denegación de acceso, y éste ha sido el motivo más frecuente de anulación de las decisiones. Las Instituciones están obligadas a examinar, antes de decidir acerca de una solicitud de acceso a documentos, respecto a cada uno, si, habida cuenta de la información de que disponen, su divulgación puede efectivamente menoscabar uno de los intereses públicos protegidos. No obstante, esta obligación no significa que dichas Instituciones estén obligadas en cualquier circunstancia a aportar, para cada documento, las «razones imperativas» que justifican la aplicación de la excepción basada en la protección del interés público, so pena de comprometer el objetivo esencial de la excepción de que se trata. En efecto, podría resultar imposible indicar las razones que justifican la confidencialidad respecto a cada documento, sin divulgar el contenido de este último y, por lo tanto, sin privar a la excepción de su finalidad esencial (73). Del tenor de la motivación debe deducirse que la Institución procedió a una apreciación concreta de los documentos en cuestión, y no basada exclusivamente en las características generales de las categorías de documentos (74) y del sector al que perte-

(70) Vid., entre otros, ATPI de 27 de octubre de 1999, asunto T-106/99, *Karl L. Meyer* contra Comisión.

(71) ATPI de 3 de marzo de 1998, asunto T-610/97 R, *Hanne Norup Carlsen* y otros contra Consejo.

(72) Como resumen, por todas, la STPI de 7 de febrero de 2002, asunto T-211/00, *Aldo Kuijer* contra Consejo de la Unión Europea, apartado 54.

(73) Véase, p. ej., STPI de 12 de julio de 2001, asunto T-204/99, *Olli Mattila* contra Consejo y Comisión, apartado 87.

(74) Así, por ejemplo, en la STPI de 6 de abril de 2000, asunto T-188/98, *Aldo Kuijer* contra Consejo, en que se había denegado el acceso a informes sobre la situación de los derechos humanos en diferentes países, estima que al referirse a años y países diferentes y con distinta situación, y con los que la Unión Europea mantiene relaciones diplomáticas muy variables, no basta una motivación general.

nezca (75). Para enjuiciar si la motivación cumple con las exigencias del artículo 190 TCE hay que atender a su tenor y a su contexto, así como al conjunto de reglas jurídicas que rigen la materia. De esta forma, el contexto en que se adoptó la decisión puede aligerar las exigencias de motivación (piénsese, por ejemplo, en el acceso a documentos militares o de alta diplomacia) a cargo de la Institución. Es preciso estudiar la motivación en su conjunto, esto es, tanto del rechazo inicial como de la segunda apreciación. De este modo, cuando una respuesta confirma la denegación de una solicitud fundándose en los mismos motivos, la suficiencia de la motivación debe ser apreciada a la luz del intercambio entre la Institución y el solicitante en su totalidad, teniendo en cuenta la información de que disponía el solicitante sobre la naturaleza y el contenido de los documentos solicitados. Ahora bien, y en sentido contrario, cuando durante el procedimiento de solicitud de acceso a documentos el demandante formula alegaciones que pueden menoscabar el fundamento de la primera denegación, las exigencias de motivación imponen a la Institución la obligación de responder a una solicitud confirmatoria indicando los motivos por los que estas alegaciones no le permiten modificar su postura. De no ser así, el demandante no podría comprender las razones por las que el autor de la respuesta a la solicitud confirmatoria ha decidido mantener los mismos motivos para confirmar la denegación (76).

— En caso de que la información sea susceptible de afectar a uno de los intereses protegidos, la Institución está obligada a examinar la posibilidad de conceder el *acceso parcial*, limitado a los datos no amparados por las excepciones (77). La normativa anterior a la de 2001 no decía nada al respecto, pero el Juez comunitario lo dedujo de la propia fundamentación del derecho de acceso en el principio de democracia y de su consiguiente importancia, con la consiguiente necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones a la regla general (78). El Reglamento de 2001 sí recoge ya el principio del acceso parcial, al precisar que estas excepciones sólo se aplicarán a las partes del documento afectadas. Asimismo, las Instituciones están facultadas para no conceder un acceso parcial cuando el examen de los documentos controvertidos muestre que dicho acceso parcial carecería de sentido porque las partes de dichos documentos, si se divulgaran, no tendrían utilidad alguna para quien solicitó acceder a ellos (79). En casos particulares en los que la extensión del documento o la de los pasajes que deban censurarse le supongan un trabajo administrativo inadecuado, el principio de proporcionalidad permi-

(75) Por todas, STPI de 6 de febrero de 1998, asunto T-124/96, *Interporc Im- und Export GmbH* contra Comisión.

(76) STPI de 6 de abril de 2000, asunto T-188/98, *Aldo Kuijper* contra Consejo. Ante la falta de contraargumentación, el TPI anula la Decisión impugnada porque no responde a las exigencias de motivación del artículo 190 del Tratado CE.

(77) Por todas, STPI de 19 de julio de 1999, *Hautala* contra Consejo, asunto T-14/98, apartado 87.

(78) STPI de 19 de julio de 1999, asunto T-14/98, *Heidi Hautala* contra Consejo.

(79) STPI de 12 de julio de 2001, asunto T-204/99, *Olli Mattila* contra Consejo y Comisión, apartado 69.

te a la Institución ponderar, por una parte, el interés del acceso del público a dichas partes fragmentarias y, por otra, la carga de trabajo que de ello se derivaría. De este modo, en esos casos especiales, las Instituciones pueden salvaguardar el interés de una buena administración (80), si bien sólo con carácter extraordinario y cuando la carga administrativa provocada por la disimulación de los datos no comunicables se revelara extremadamente gravosa, excediendo así de los límites de lo que puede exigirse razonablemente (81).

4. *Procedimiento*

La regulación anterior establecía con detalle el procedimiento de ejercicio del derecho, dotado de una gran flexibilidad y celeridad. El Reglamento de 2001 y su normativa de desarrollo profundizan aún más en esta lógica de eficacia y garantía. Recoge el principio de facilitar al máximo el acceso y asume una perspectiva más amplia: no se trata sólo de diseñar un sistema amplio de acceso, sino de «establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho, y promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos» (82). Es decir, se manifiesta la voluntad de reforzar el sistema facilitando su uso al ciudadano y mejorando la organización del mismo, para evitar que el desconocimiento o la excesiva burocracia puedan frustrar parcialmente los objetivos de transparencia, apertura y participación. Además, se ha hecho eco, en especial, del impacto de las nuevas tecnologías.

(80) Apartado 86 de la misma Sentencia.

(81) El Abogado general Leger, en sus Conclusiones a la STJCE de 6 de diciembre de 2001, asunto C-353/99 P, Consejo contra *Heidi Hautala*, muestra sus cautelas ante esta excepción. Estima que: «Por una parte, no sería conforme con la naturaleza de derecho fundamental del derecho de acceso a los documentos admitir que motivos meramente administrativos basten para limitar el ejercicio del derecho parcial, con independencia de la dimensión que puedan presentar tales cargas. Por otra, no parece que la tarea de delimitar la parte confidencial de un documento se vea, en general, sustancialmente agravada por la de suprimir los datos confidenciales o disociarlos de los demás». Realiza un estudio de Derecho comparado, que concluye que el acceso parcial está reconocido, por la ley o por la jurisprudencia, en nueve de los quince Estados miembros de la Comunidad. En otros tres Estados miembros, tal derecho no está expresamente previsto ni prohibido de forma expresa (entre ellos, España). De lo que deduce: «En mi opinión, esta amplia convergencia de los Derechos nacionales demuestra que la práctica generalizada del derecho de acceso parcial no plantea, en general, problemas administrativos insuperables. Por lo demás, no puede excluirse completamente que, debido a la carga administrativa particularmente onerosa que represente para la institución de que se trate, puedan existir, con carácter totalmente excepcional, decisiones denegatorias justificadas. Por consiguiente, sólo parece legítimo admitir una excepción al derecho de acceso parcial si la carga administrativa sobrepasa los límites de lo que puede exigirse razonablemente. Además, el ejercicio de dicha facultad de denegación debe someterse al control del juez, conforme al derecho a un control jurisdiccional efectivo, y la carga de la prueba del alcance de la tarea en cuestión debe hacerse recaer en la institución afectada». El TPI parece seguir esta línea de pensamiento. En la STPI de 6 de abril de 2000, asunto T-188/98, *Aldo Kuijter* contra Consejo, estima que la supresión de los pasajes delicados de los documentos no debía constituir necesariamente una carga de trabajo insoportable para la Institución.

(82) Artículo 1.

Así, dispone que las *solicitudes* deberán formularse en cualquier forma escrita, incluido el formato electrónico, de manera lo suficientemente precisa para permitir que la institución identifique el documento de que se trate. En el caso de una solicitud de un documento de gran extensión o de un gran número de documentos, la institución podrá tratar de llegar a un arreglo amistoso y equitativo con el solicitante. Sobre este punto, se hacen dos precisiones que revelan la voluntad de maximizar el ejercicio del derecho. En primer lugar, si una solicitud no es lo suficientemente precisa, la institución pedirá al solicitante que aclare la solicitud, y le ayudará a hacerlo, por ejemplo, facilitando información sobre el uso de los registros públicos de documentos. En segundo lugar, las instituciones ayudarán e informarán a los ciudadanos sobre cómo y dónde pueden presentar solicitudes de acceso a los documentos (83).

En cuanto a la *tramitación*, se mantiene, como en la regulación anterior, un sistema de solicitud en dos fases: inicial y confirmatoria. La Institución en cuestión debe acusar recibo de la solicitud inicial. En ambos casos, el plazo para resolver habrá de hacerse «con prontitud», en un plazo máximo de 15 días laborables a partir del registro de la solicitud, ampliables al doble, con carácter excepcional, «por ejemplo, en el caso de que la solicitud se refiera a un documento de gran extensión o a un gran número de documentos», previa comunicación motivada al solicitante. En dicho plazo o bien se autoriza o facilita el acceso, o bien se deniega total o parcialmente. El silencio tiene carácter negativo. Contra la negativa total o parcial a la solicitud inicial cabe plantear solicitud confirmatoria, que hace las veces de recurso (84).

Concedido el acceso, el Reglamento prevé la mayor facilidad posible para su *realización*. Se efectuará (85) bien mediante consulta *in situ*, bien mediante entrega de una copia, que, en caso de estar disponible, podrá ser una copia electrónica, según la preferencia del solicitante (86). Los documentos se proporcionarán en la versión y formato existentes (incluidos los formatos electrónicos y otros, como el *Braille*, la letra de gran tamaño o la cinta magnetofónica), de nuevo tomando plenamente en consideración la preferencia del solicitante. Si la Institución de que se trate ya ha divulgado el documento y éste es de fácil acceso, la misma podrá cumplir su obligación de facilitar el acceso a los documentos informando al solicitante so-

(83) Artículo 6.

(84) Dentro de la Comisión, la resolución de solicitudes iniciales compete al Director General o el Jefe de Servicio al que compete la solicitud, que designarán a un funcionario para que tramite las solicitudes de acceso y coordine la posición de su Dirección General o su Servicio. Las respuestas se comunicarán para información a la Secretaría General. La resolución de las solicitudes confirmatorias compete al Secretario General, por delegación de la Comisión, previo acuerdo del Servicio Jurídico, asistido por la Dirección General o el Servicio que denegó la solicitud inicial, a los que se comunicará la decisión para información. La coordinación general de la aplicación del sistema es responsabilidad del Secretario General. En el seno del Consejo, el competente para decidir las solicitudes de acceso es el Secretario General, y las confirmatorias el Consejo.

(85) Artículo 10.

(86) La consulta *in situ*, las copias de menos de 20 páginas de formato DIN A4 y el acceso directo por medios electrónicos o a través del registro serán gratuitos.

bre la forma de obtenerlos (en su caso, indicando la dirección del documento en el portal EUROPA) (87).

Resulta destacable el énfasis puesto por la actual normativa en garantizar la efectividad de este derecho, y ello por varias vías, que convergen en la exigencia a la Administración de prestaciones informativas activas.

— Una de ellas consiste en dar a conocer a los ciudadanos la existencia y mecanismos del derecho de acceso, facilitar su ejercicio y formar al personal encargado de su gestión, imponiendo la cooperación de las Administraciones nacionales y la comunitaria (88).

— Otra es la creación de registros, a los que se puede acceder a través de Internet, en que se incluyen una serie de referencias, siempre que no supongan un perjuicio para la protección de los intereses públicos o privados que justifican las exclusiones al derecho de acceso. Dicho Registro podrá limitarse a recoger todos estos datos e indicar, en la medida de lo posible, dónde están localizados los documentos de que se trate; o bien puede facilitar él mismo el acceso directo, cuando el documento esté en su posesión. En este último supuesto, el acceso a la información no precisa de solicitud, como tampoco se precisa cuando los documentos se ponen a disposición del público directamente en forma electrónica (89). En este sentido, el Reglamento prevé en su artículo 13 que sean publicados en el Diario Oficial toda una serie de documentos sobre los que hasta entonces no existía la obligación de incluirlos, en unos casos necesariamente (relacionados con la actividad prelegislativa y con la actividad convencional de la Comunidad y de los Estados en el marco comunitario) y en otros en la medida de lo posible (atinentes a actos programáticos o no vinculantes), a lo que hay que añadir que cada Institución puede establecer, en su Reglamento inter-

(87) Cuando se trate de «*documentos sensibles*» el procedimiento será el mismo. Ahora bien, se establecen unas condiciones específicas, que rigen tanto para las Instituciones como para los Estados, para proteger el interés que determina una clasificación tal. La tramitación estará a cargo únicamente de las personas autorizadas a conocer el contenido de dichos documentos, que serán las que determinen las referencias que podrán figurar en el registro público. Tanto la divulgación como la inclusión en el Registro se harán únicamente con el consentimiento del emisor. La decisión de una Institución de denegar el acceso a un documento sensible, basada en las excepciones previstas en el Reglamento, estará motivada de manera que no afecte la protección de los intereses que fundamentan dichas excepciones. En todo caso, las normas relativas a los documentos sensibles establecidas por las Instituciones se harán públicas, y la Comisión y el Consejo informarán al Parlamento Europeo sobre los documentos sensibles de conformidad con los acuerdos celebrados entre las Instituciones (art. 9).

(88) Siguiendo las Conclusiones a los respectivos Informes de 1996 y 1998. El Reglamento de 2001 impule a las Instituciones a llevar a cabo una labor activa de información al público (entre otros, mediante la elaboración de guías publicadas en papel y en Internet) y de formación a su personal. Asimismo, se prevé que las Instituciones establecerán buenas prácticas administrativas para facilitar el ejercicio del derecho de acceso y crearán un Comité interinstitucional encargado de examinar la mejora de dichas prácticas, tratar los posibles conflictos y examinar la evolución futura del acceso del público a los documentos. Un instrumento fundamental para la evaluación y seguimiento son los Informes que cada Institución ha de publicar anualmente y otro, más general, que se encarga a la Comisión antes de 31 de enero de 2004.

(89) Artículo 12.

no, los demás documentos que se publicarán en el Diario Oficial. De este modo, la consecuencia ha sido que una gran parte de los documentos para cuyo acceso con anterioridad había que cursar una solicitud están hoy disponibles con carácter general para el público, a través del Diario Oficial y, sobre todo, a través de la red, y a ellos puede accederse a través de las distintas bases de datos, integradas en la propia página del Registro de documentos. Respecto de ellos, el régimen general de acceso sigue teniendo vigencia en lo que hace al principio general de acceso y a sus excepciones. Debe entenderse que es *motu proprio* que las Instituciones analizan ahora respecto a cada documento si incurre en alguna de las excepciones y, en caso contrario, lo hacen público a través de la red. Ello no impide solicitarlo ejerciendo el derecho de acceso. Si ya se encuentran disponibles, la Institución cumplirá con remitir al sitio dentro del portal Europa (y, en su caso, a la página del DOCE) donde se encuentren; si no lo están, habrá de responderse si se encuentra incurso en alguna excepción. Si no es así, una vez facilitado el acceso, se le dará ya publicidad general a través del portal EUROPA (www.europa.eu.int), instrumento de primer orden en la política informativa comunitaria creado en febrero de 1995.

Por estas vías se va desdibujando la frontera información pasiva-información activa, en un impulso de transparencia y acercamiento al ciudadano en el que las nuevas tecnologías desempeñan un papel fundamental.

En efecto, es de notar que, tras el despegue del sistema de acceso en 1993, se registra en los últimos años una cierta estabilización en su uso. De un acceso por parte de grupos «especializados» (académicos, medios de comunicación, *lobbies*, etc.) ha pasado a ampliarse a grupos más heterogéneos. Ha aumentado el porcentaje de solicitudes estimadas, si bien resulta significativo el descenso en el caso de la Comisión en los últimos años, que tal vez muestre una cierta reserva frente a un porcentaje realmente elevado de solicitudes estimadas a mediados de los noventa. Las razones de interés público y de protección de la toma de decisión son las mayoritarias. En cuanto a la conflictividad, ha crecido proporcionalmente el número de recursos, con un porcentaje importante de sentencias estimatorias (90). El motivo del estancamiento, e incluso recesión, del número de solicitudes en la actualidad hay que buscarlo precisamente en la creciente puesta a disposición del público, en especial a través de Internet, de documentos que hasta entonces no eran objeto de publicación alguna y que sólo se podían obtener a través del mecanismo del derecho de acceso (91).

(90) El Código de Conducta preveía la evaluación de su aplicación, a través de informes bianuales encomendados a las Secretarías Generales de cada Institución, y su revisión después de dos años de experiencia a partir de dichos informes. Los informes respectivos del Consejo y la Comisión elaborados entre los años 1994 y 2000 contribuyen a mostrarnos la realidad de la aplicación de la normativa en materia de acceso (pueden consultarse, respectivamente, en register.consilium.eu.int/utfregister/frames/introfsES.htm y en www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/acc_doc/fr/index.htm).

(91) El crecimiento en los contenidos ha sido imparable a partir de ese año. En el último año, prácticamente se ha duplicado el número de consultas, que se sitúan en torno a los 48 millones de documentos por mes (Informe estadístico de noviembre de 2001).

5. *Un nuevo campo por explorar: la comercialización de la información en poder de la Administración*

Hay áreas en que la información en poder del sector público tiene un potencial comercial muy importante, como ocurre con la información geográfica, turística, estadística, etc. Esta información es fundamental para los operadores económicos, pues les permite adoptar decisiones con conocimiento de datos sobre medio ambiente, tráfico, procedimientos administrativos, etc., que pueden resultar claves para decidir estrategias empresariales. Garantizando el flujo informativo se posibilita la efectiva realización de las libertades comunitarias. Esta información, interconectada y enriquecida por el sector privado, crea servicios y productos de valor añadido, especialmente en la industria digital de contenidos, o en sectores industriales y culturales, con la consiguiente creación de empleos. Para ello se necesita un mínimo de homogeneidad en las reglas nacionales, ya que el mercado trasciende las fronteras nacionales (92).

De estos principios parte el proyecto de regulación comunitaria, que, a partir de la elaboración de un Libro Verde, ha continuado con el sometimiento del proyecto a consultas abiertas a toda la sociedad y ha finalizado, por el momento, con la aprobación de un proyecto de Directiva (93). Ésta tiene por objeto establecer una mínima homogeneización que regule la explotación, comercial o no, de la información en poder de la Administración que tenga carácter de accesible conforme a la legislación sobre acceso (94). La idea de base es que todo documento generalmente accesible

(92) Entre la hasta ahora escasa doctrina que se ha ocupado del tema hay que destacar el trabajo de C. DE TERWANGNE y Th. DE LA CROIX-DAVIO, *L'accès à l'information administrative et la commercialisation des données publiques*, Story-Scientia, 1994, que ya entonces ponían de relieve la importancia del mecanismo de acceso a la información y estudiaban, en la segunda parte de su obra, el tema específico de la comercialización de datos en poder del sector público y los problemas a los que se enfrenta.

(93) El 20 de enero de 1999 se publicó el Libro Verde sobre la información del sector público y se abrió un plazo para enviar sugerencias. El Consejo Europeo de Santa María de Feira, del 19 y 20 de junio de 2000, impulsó el plan de acción eEurope, en cuyo apartado sobre el gobierno *online* se abordaba el tema. El 23 de octubre de 2001 la Comisión adoptó una Comunicación sobre la reutilización y la explotación comercial de la información del sector público, llamada «La eEurope 2002: Creación de un marco comunitario para la explotación del sector público», que señala las orientaciones básicas de la Comisión y sondea la posibilidad de aprobar algún instrumento legal (se piensa en una Directiva) para una armonización mínima. La declaración ministerial de 29 de noviembre de 2001, adoptada en el marco de la Conferencia sobre eGobierno, hizo hincapié en que la fijación de condiciones más claras sobre la reutilización de la información en poder del sector público contribuiría al crecimiento económico y del empleo, y señaló la urgencia de continuar los trabajos emprendidos en este sentido. El 21 de enero de 2002 la Dirección General para la Sociedad de la Información redactó un documento de trabajo («Hacia un marco para la explotación de la información del sector público en la Unión Europea») en que se indicaban los principios a considerar, y se exponían a consulta *on line* hasta el 21 de febrero de 2002. Finalmente, el 5 de junio de 2002 la Comisión hizo pública su propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la reutilización y la explotación comercial de los documentos del sector público —COM (2002) 207 final—.

(94) Artículos 1 al 3. Se refiere a toda información (en el sentido más amplio, referido a cualquier contenido en cualquier soporte o cualquier parte de un documento) en poder

puede ser reutilizado. Su articulación se basa, a su vez, en los siguientes principios:

a) *Disponibilidad*: transmisión de la información en un plazo breve en todo formato preexistente (preferentemente, electrónico), sin que exista obligación de crear o adaptar documentos ya existentes (95).

b) *Tarificación por el coste real del servicio, incrementado en su caso por un margen razonable de beneficio* (96).

c) *No discriminación*: fijación de la misma tarifa para los distintos reutilizadores de la información y, en caso de comercialización por la propia Administración en competencia con el sector privado, fijación de la misma tarifa para los reutilizadores y al público (97).

d) *Transparencia*: fijación de antemano y con publicación preferentemente electrónica de la tarifa y del resto de condiciones (98).

e) *Comercio leal*: prohibición de acuerdos exclusivos, salvo que, por razones tales como la prestación de un servicio de interés público, se considere necesario, con sometimiento en este caso a revisión periódica de la validez del motivo que justificó su concesión.

La fecha inicialmente prevista para la finalización del plazo de transposición sería el 31 de diciembre de 2004, sometida en todo caso a lo que pueda deparar la tramitación del proyecto. Conviene seguir con atención el *iter* normativo y su resultante, y su trasfondo, en el que avanza un nuevo papel de la Administración cooperativa con la llamada sociedad civil (léase, en este caso, los operadores económicos) en busca de sinergias.

IV. CONCLUSIÓN

Como puede comprobarse, se registra a nivel europeo una fuerte tendencia a maximizar el acceso de los ciudadanos a la información pública, como medio de profundizar en los mecanismos de control democrático del ejercicio del poder. En particular, el Derecho comunitario se encuentra en un estado de desarrollo muy superior al nuestro a todos los niveles: alcance de la información a la que puede accederse; interpretación restrictiva y ponderada de las excepciones; flexibilidad del procedimiento; énfasis en la efectividad del sistema, a través de medidas organizatorias y de la generalización del empleo de las nuevas tecnologías, etc. Por todo ello, decíamos en la introducción, puede aportarnos claves para superar los defectos de

del sector público (en el sentido de la legislación de contratos). Se establece la exclusión en una serie de sectores, como los culturales, educativos, medios de comunicación públicos, o los cubiertos por la normativa sobre secreto comercial, propiedad intelectual o protección de datos personales.

(95) Artículos 4 y 5.

(96) Artículo 6.

(97) Artículo 7.

(98) Artículos 8 y 9.

nuestra actual normativa. En el caso del Derecho comunitario, el impulso hacia la apertura y la transparencia en el flujo informativo ha venido de la mano de las críticas del déficit democrático y la opacidad en la actuación de las Instituciones. Como reacción, se ha construido todo un trenzado normativo, pero también organizativo e incluso tecnológico, al servicio de la efectividad del derecho de acceso a la información. Puede decirse que, como ocurre en tantos ámbitos de la vida, la crisis ha actuado como revulsivo. A ello se la ha sumado una línea jurisprudencial firme que ha maximizado el alcance del principio de libre acceso, con una interpretación restrictiva del alcance de sus excepciones y una fuerte exigencia de análisis y motivación documento por documento (99).

El contexto político y jurídico en nuestro país es parcialmente distinto. Ahora bien, resulta plenamente trasladable la necesidad de hacer transparente y someter al control democrático la actuación de una Administración dotada de márgenes de decisión cada vez mayores, característica ésta propia de la sociedad global y tecnificada. Y, para ello, el mecanismo del artículo 37 LRJAP-PAC resulta a todas luces insuficiente, por lo que su necesaria superación debe mirar a modelos más evolucionados.

(99) Por ello, y a la luz de la evolución normativa, de la práctica y jurisprudencial, no compartimos la insatisfacción parcial sobre la actual configuración del derecho de acceso puesta de relieve por A. N. NIETO-GUERRERO LOZANO, *Luces y sombras del derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias*, «Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia», núm. 218, 2002, págs. 81-102, especialmente págs. 101-102, y por la doctrina italiana —en algunos casos referida a un momento anterior de esta evolución— a la que sigue. Su crítica se refiere, en especial, a la supuesta indeterminación y amplitud del régimen de excepciones. Creemos, sin embargo, que la redacción permite una positiva flexibilidad. Si bien es cierto que dota a las Instituciones de un considerable margen de apreciación, no lo es menos que la práctica ha descartado que ello implique un abusivo recurso a las mismas. A ello se suma el rigor del Juez comunitario en sus exigencias de motivación singularizada y de apreciación extensiva del principio de libre acceso a la información, que, a nuestro juicio, ha logrado un tándem satisfactorio entre una normativa adecuada y una aplicación con espíritu aperturista, a los que aludía P. DYBERG al referirse a la regulación anterior (*El acceso público a los documentos y las autoridades comunitarias*, «Revista de Derecho Comunitario Europeo», núm. 2, 1997, págs. 377 y ss., pág. 411).