

## **ALGUNAS PROPOSICIONES PARA UNA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN**

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS \*

SUMARIO: I. *Introducción: derecho de acceso y democracia.* II. *El principio de transparencia de la acción administrativa.* III. *Presupuestos para la implantación del derecho de acceso.* IV. *Principales aspectos formales de la Ley de Acceso a la Información.* V. *Las relaciones de la Ley de Acceso a la Información con otras normas.* VI. *Ley sencilla y equilibrada.* VII. *Los sujetos del derecho de acceso.* VIII. *El objeto del derecho: la noción de documento administrativo.* IX. *Los límites del derecho de acceso: el principio de proporcionalidad.* X. *El procedimiento de ejercicio del derecho.* XI. *Modalidades de ejercicio del derecho: acceso directo y obtención de copias.* XII. *Denegación y limitación del ejercicio del derecho.* XIII. *Las garantías del derecho de acceso: derecho de elaboración jurisprudencial.* XIV. *Medidas complementarias.*

### **I. INTRODUCCIÓN: DERECHO DE ACCESO Y DEMOCRACIA**

#### **1. Un derecho democrático de tercera generación**

El reconocimiento de un derecho de acceso a la documentación pública -vertiente subjetiva- y del correspondiente principio de transparencia administrativa -vertiente objetiva- constituye una fase o etapa avanzada de los sistemas democráticos, pues debe recordarse que la democracia no es tanto un estado como un proceso siempre abierto.

En efecto, en el Estado liberal de derecho, el principio de publicidad -y, en general, el principio democrático- es, en cierto modo, externo a la administración pública: rige en los momentos de definición y aplicación jurisdiccional de la ley. Pero sólo de un modo indirecto incide sobre la administración, a través del sometimiento de la misma a la ley y al control jurisdiccional. La administración es configurada como una organización servicial, cuyo objeto es la simple ejecución objetivo-jurídica de la ley, de tal modo que su función debía -teóricamente- limitarse a precisar en cada caso concreto supuestos ya definidos con carácter general y abstracto por la ley en sentido formal. Y, en consecuencia, el control de la actividad administrativa es fundamentalmente un control de legalidad, una fiscalización de naturaleza jurisdiccional, en la que el derecho administrativo europeo continental centrará su atención, mediante el desarrollo y perfeccionamiento de técnicas garantistas de corte

individual.<sup>1</sup>

Sin embargo, estas premisas del Estado liberal de derecho se derrumban estrepitosamente con el tránsito al Estado social de derecho, y el consiguiente protagonismo en todos los órdenes sociales y económicos de una omnipresente administración pública dotada de amplios márgenes de discrecionalidad, que limitan considerablemente su sujeción a la ley y, consiguientemente, las posibilidades reales del control jurisdiccional. Y dado que esta atribución al gobierno y a su administración de un espacio propio de decisión y acción no constituye necesariamente una patología del sistema que deba eliminarse o minimizarse a toda costa, sino que es un componente más del sistema administrativo en un Estado social, se hace necesario reequilibrar la posición del ciudadano, desde el principio democrático.<sup>2</sup>

En este sentido se observa, desde los años sesenta y setenta del pasado siglo, el enquistamiento de preocupantes fenómenos sociales, como el distanciamiento de la ciudadanía de las instituciones democráticas, realidad fácilmente perceptible en el aumento de la abstención electoral, el desprestigio de la actividad política y en el surgimiento de grupos marginales antisistema. Una ciudadanía que presenta una cada vez mayor conciencia cívica sobre sus derechos individuales y sobre los deberes de los poderes públicos en cuanto a la satisfacción de dichos derechos, pero que a la vez pierde conciencia sobre los derechos e intereses colectivos.<sup>3</sup>

Antes, este nuevo panorama, una de las tendencias orientadas a reequilibrar la posición del ciudadano, en aras del principio democrático, ha sido la de impulsar la participación ciudadana en las actuaciones administrativas. Pero este movimiento participativo está sujeto a un límite capital: en última instancia, la participación no puede quebrar la facultad de dirección sobre la administración que las normas constitucionales reservan a los órganos de gobierno, y que se fundamenta en su legitimación democrática y en su responsabilidad política.<sup>4</sup>

Ahora bien, ante las insuficiencias intrínsecas de la idea de la participación administrativa, se está imponiendo un cambio de estrategia: en lugar de tratar de "democratizar" las estructuras administrativas, lo cual plantea serias objeciones constitucionales, se trata de extender la información sobre las actividades de la administración al conjunto de la ciudadanía -sin necesidad de intermediarios organizacionales-, posibilitándose así -mediante esta democratización de la información- un control de la acción administrativa por la

opinión pública.<sup>5</sup>

En efecto, la publicidad de la actuación administrativa no sólo no interfiere en modo alguno en la legitimación democrática de la administración, como organización vicarial, sino que justamente al contrario, mediante la visibilidad, cognoscibilidad o accesibilidad, y por tanto controlabilidad de los actos de la administración, viene a reforzar esa legitimidad democrática, y su configuración esencialmente servicial. El principio democrático no sólo debe significar una legitimación de la administración en su origen y fundamento, sino también la exigencia de un control -democrático- en su ejercicio: el viejo deber de los cargos públicos de rendir cuentas de su gestión.

En este sentido, el libro blanco de la gobernanza europea declara: "La democracia depende de la capacidad de los ciudadanos para participar en el debate público. Para ello, deben tener acceso a una información fiable sobre los asuntos europeos y estar en condiciones de seguir con detalle cada una de las etapas del proceso político".<sup>6</sup> Por su parte, el Consejo de Europa en una reciente recomendación sobre una política europea en materia de comunicación de archivos, además de recordar la propiedad de los archivos como parte esencial e irremplazable del patrimonio cultural, declara que "un país no accede plenamente a la democracia hasta que sus ciudadanos puedan conocer de manera objetiva los elementos de su historia".<sup>7</sup>

## ***2. El derecho de acceso, como derecho de libertad: la libertad de informarse***

La manifestación del derecho a la información que nos ocupa no tiene por objeto una actividad de suministro de información por parte de la administración; es decir, no se trata de un derecho de estructura prestacional o de crédito, como los contemplados en determinados preceptos legales e incluso constitucionales -como el derecho a la información reconocido a los consumidores-, y que tienen, por lo general, su fundamento último en la cláusula Estado social.

Por el contrario, la modalidad de derecho a la información que tratamos tiene por objeto el acceso a la información plasmada en "documentos" -es decir, en soportes físicos de cualquier clase-, de tal modo que no se trata de un acceso a la "noticia", en el sentido de producto o resultado de una actividad informativa realizada por terceros, sino de un acceso directo a la fuente de información misma -en este caso, al documento-. La actividad de la administración ante el ejercicio del derecho de acceso no consiste propiamente en una actividad prestacional, sino de intermediación. Ciertamente, esta configuración del derecho comporta unas exigencias institucionales insoslayables -

sintetizadas en la existencia previa del documento como presupuesto para el ejercicio del derecho-, pero entendemos que permite sostener que el derecho de acceso a los documentos administrativos constituye estructuralmente -y en contra de lo que pudiera parecer- un derecho de libertad -la libertad de informarse-, que tiene su fundamento, no ya en la cláusula Estado social, sino en el principio democrático que reclama la publicidad de la información que obre en poder del Estado.<sup>8</sup>

## **II. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA**

El principio de transparencia constituye la dimensión objetiva del derecho de acceso a los documentos administrativos como principio objetivo del funcionamiento de la administración pública. De hecho, el principio de transparencia constituye hoy, junto con los de legalidad y eficacia, uno de los tres grandes principios que informan la actividad de las administraciones públicas. Cada uno de estos principios tiene su fundamento propio en las tres grandes cláusulas que históricamente se han ido superponiendo hasta constituir los pilares de los modernos Estados: así el principio de legalidad trae causa en la idea de Estado de derecho, el principio de eficacia en la de Estado social, y el principio de transparencia es un corolario inmediato del Estado democrático.<sup>9</sup>

Debe subrayarse que estos principios no informan la actividad administrativa de un modo aislado, sino que por el contrario interactúan entre sí, tanto positiva como negativamente, es decir, tanto pueden servir de límite como pueden reforzar los postulados de cada uno, pues al fin y al cabo sus exigencias parciales deben ser integradas en un todo coherente, que es el Estado social y democrático de derecho.

Así, en lo que se refiere al principio de transparencia que nos ocupa, el principio de eficacia de la actuación administrativa puede constituir, en ocasiones, un límite legítimo al alcance del principio de transparencia, pues es cierto que la eficacia de la administración precisa ciertos umbrales de confidencialidad (temporal). Pero, al mismo tiempo, es innegable que la transparencia, al deshacer el anonimato y posibilitar la exigencia de responsabilidades, coadyuva a la consecución del rigor y de la eficiencia en la acción administrativa, y por tanto refuerza las exigencias del principio de eficacia.

En cuanto a la relación entre transparencia y legalidad, es evidente que la transparencia de la actuación administrativa ha de ser conforme a la legalidad, exigencia que se traduce principalmente en el imperativo de respeto a los legítimos derechos de terceros -

fundamentalmente los derechos a la intimidad y al secreto empresarial-. Pero no puede desconocerse que la transparencia de la acción administrativa constituye un importante aliado en la garantía de la legalidad misma. Como han demostrado las instituciones de la Unión Europea en relación con la protección del medio ambiente, las políticas de transparencia sirven de acicate para la efectividad misma de las normas del derecho público, cuya aplicación práctica no queda al exclusivo cuidado de la administración, abriendo cauces a la involucración de la ciudadanía. En este sentido, en determinados países, la transparencia es asimismo considerada como un elemento fundamental en la lucha contra la corrupción.<sup>10</sup>

Y, como se ha dicho recientemente, frente a la extensión de las prácticas de clientelismo, de incuria, de corrupción incluso, tomar en serio la legalidad, defender su aplicación, constituye hoy más que nunca el poder de "los sin poder".<sup>11</sup>

### **III. PRESUPUESTOS PARA LA IMPLANTACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO**

#### ***1. El derecho de acceso como derecho de creación legal***

La administración tradicional de corte burocrático que hemos heredado se ha caracterizado no tanto por la imposición de una regla general de secreto como por la amplia discrecionalidad de que ha gozado la administración para decidir -en cada caso- acerca de la comunicación de los documentos administrativos, y que se sustentó, de un lado, en la ausencia de una regla de comportamiento general y objetiva, y, de otro lado, en el deber estatutario de discreción de los empleados públicos, reforzado por una arraigada "cultura del secreto" como instrumento de poder o dominación.<sup>12</sup>

En este contexto institucional, el reconocimiento del derecho de acceso, la introducción del principio de transparencia o administración abierta constituye una verdadera ruptura con el modelo administrativo heredado, razón por la que no es posible que se alcance mediante una evolución interna del sistema, por ejemplo, mediante una creación o evolución jurisprudencial. Así, se observa que en todos los países en los que se reconoce el derecho de acceso, su implantación ha sido obra expresa del legislador. Este origen legal se debe, pues, al significado rupturista que presenta el reconocimiento de este derecho, pues cabalmente supone invertir las reglas de comunicación de la información.

#### ***2. Ley y política de transparencia***

Ahora bien, debe subrayarse que la aprobación de una Ley de Acceso a la Información, por muy bien intencionada y progresista que sea, no es en sí misma suficiente para generar la inversión en las prácticas y usos administrativos que requiere el derecho de acceso a la información, sino que la ley debe concebirse como un instrumento -desde luego imprescindible- de administración de una verdadera política pública de transparencia, que comprenderá otras medidas complementarias, y, sobre todo, una auténtica voluntad política de impulso del principio de transparencia. Debe, así, subrayarse que el derecho de acceso precisa de un especial cuidado o esmero para garantizar su efectividad.<sup>13</sup>

En este marco institucional, cabe señalar que la implantación de una política pública de transparencia debe empezar por el propio proceso de elaboración de la ley, que deberá ser lo más pública y participativa posible. Asimismo, es evidente que la aplicación de una política de transparencia, como cualquier otra política pública, tiene coste económico -estructuras administrativas, recursos humanos y materiales, formación del personal, difusión de la información-, que debe preverse y asumirse para evitar que la aplicación de la ley choque frente a una realidad inadecuada, cuando no hostil.

#### **IV. PRINCIPALES ASPECTOS FORMALES DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN**

##### ***1. Ley y reglamento en la ordenación del derecho de acceso***

La norma que pretenda implantar en un ordenamiento nacional un derecho de acceso a la información debe ser una norma con rango formal de ley, y ello por varias y relevantes razones. Primero, porque desde la perspectiva de los ciudadanos, tal norma disciplina un derecho definitorio de las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas, un derecho subjetivo que podrá, además, tener la naturaleza de derecho fundamental o constitucional. Segundo, porque, desde la perspectiva de la administración, el derecho de acceso a la información constituye una pieza fundamental para la aplicación del principio de transparencia administrativa, llamado a constituir -junto a los principios de legalidad y eficacia-, según se ha dicho antes, uno de los tres ejes del sistema administrativo. Finalmente, parece lógico que un derecho democrático, como es el derecho de acceso, sea ordenado mediante la norma dotada de mayor legitimación democrática.

Pero no sólo es incuestionable la necesidad de que sea precisamente por ley la ordenación del derecho de acceso, sino que, además, es conveniente que la ley no

se limite a ordenar las líneas maestras o las reglas básicas del sistema, remitiéndose en el resto a la potestad reglamentaria -como hizo, por ejemplo, el legislador italiano-. Y de aquí la conveniencia de que la ley agote por sí misma los diferentes aspectos de ordenación del derecho -sujetos, objeto, límites, procedimientos...-, evitando las remisiones amplias a la potestad reglamentaria.

Ciertamente hay ciertos aspectos que deberán ser regulados por el reglamento, pero deberían ser los imprescindibles o indispensables, tales como los referentes a la distribución orgánica de la competencia para instruir y decidir las solicitudes de acceso, la ordenación, en su caso, de oficinas de información, o la organización y funcionamiento de instituciones específicas para velar por la aplicación de la ley.

## ***2. Ámbito de aplicación***

Inicialmente, puede suscitarse la cuestión de si el ámbito de la Ley de Acceso a la Información debe ceñirse al Poder Ejecutivo y su administración, o, por el contrario, debe extenderse a todos los poderes del Estado, incluidos el Legislativo y el Judicial.

A este respecto, la experiencia tanto en Europa -salvo Suecia- como en Estados Unidos de América, consiste en limitar el acceso a los documentos en poder de las administraciones. Y esta limitación está avalada tanto por razones históricas, puesto que el acceso a los documentos parlamentarios y judiciales tiene su derivación propia de los principios de publicidad de las actuaciones parlamentarias y judiciales consagrados por el constitucionalismo, como también por razones constitucionales, de equilibrio entre los diferentes poderes del Estado. Por este motivo, es preferible que tanto el Poder Legislativo como el Judicial se autorregulen en materia de acceso a la información.

## ***3. Posición de la ley en el sistema de fuentes***

Una vez delimitado el ámbito de aplicación de la ley al Poder Ejecutivo cabe, no obstante, cuestionarse sobre si la ley debe alcanzar a todas las autoridades, gobiernos o administraciones de un país, sean éstas federales, estatales, regionales o locales, o si, por el contrario, debe limitarse al gobierno y administración central. A este respecto, no puede ignorarse que una implantación parcial del dispositivo de acceso, confinado a uno o varios ámbitos concretos, permitiría las inevitables fugas de información o a búsquedas de paraísos secretos.

No obstante, se aprecia aquí una diferencia importante entre los Estados federales y el resto. Así, en los primeros -caso de Estados Unidos de América o de

Canadá-, la Ley Federal de Acceso a la Información limita su aplicación a las autoridades y organismos dependientes del gobierno federal, de modo que carece de eficacia directa en relación con las administraciones estatales y locales, para las cuales rige el derecho propio de cada Estado, de modo que la ley federal únicamente servirá de patrón a seguir, en su caso, por el legislador estatal.

En cambio, en los países europeos, aun tratándose de Estados compuestos en los cuales la autoridad central o federal comparte el Poder Legislativo con entidades regionales o federativas -caso de Italia, Francia, España y Portugal-, la ley que regula el derecho de acceso a la información disfruta de una posición en el ordenamiento que le permite hacer prevalecer sus disposiciones sobre el resto de las autoridades públicas, sean éstas estatales, regionales o locales. Si existe alguna duda sobre cuál pueda ser el título que legitime a la autoridad central para adoptar una ley de este tenor, entiendo que encuentra una justificación en la necesidad que todo país tiene de garantizar a sus ciudadanos un tratamiento común, derechos básicos iguales, en sus relaciones con todas las administraciones públicas. Y actualmente es claro que el sistema de acceso a la información constituye uno de los más relevantes parámetros o dispositivos que definen las relaciones entre los ciudadanos y las autoridades públicas de un país, aspecto que no puede reconducirse al mero régimen interno de competencia de las entidades regionales o federativas.

Ahora bien, con objeto de preservar la autonomía política de estas entidades regionales o federativas, que es también necesaria en los sistemas de acceso a la información, la Ley federal de Acceso a la Información debe concebirse como una plataforma de mínimos, en el sentido de que su finalidad institucional es garantizar a todos los ciudadanos del país unos derechos mínimos o básicos, sin perjuicio de que, a partir del respeto a tales derechos básicos, las autoridades internas con competencias reguladoras puedan mejorar tales derechos comunes, sobre todo en aquello que atañe a la autoorganización de sus estructuras administrativas, así como en los aspectos procedimentales. Además, como se tratará de subrayar después, el sistema de acceso a la información está estrechamente ligado a los sistemas de archivos que suelen ser de competencia descentralizada, por lo que es precisa la complementariedad de la legislación de archivos.

Asimismo, es también conveniente que la ley encomiende a las autoridades locales -municipio o municipalidades- la aprobación de reglamentos o estatutos específicos en los que se discipline de un modo adaptado a las estructuras y circunstancias de cada entidad las condiciones de ejercicio del derecho de

acceso a la información. Ahora bien, tales disposiciones locales ni pueden desvirtuar los contenidos de la ley ni, desde luego, suspenden su aplicación hasta tanto sean aprobadas.

#### **4. La Ley de Acceso a la Información como ley especial**

Una vez convenido que la Ley de Acceso a la Información es una ley para el Poder Ejecutivo y su administración, desde un punto de vista de técnica legislativa, cabe plantearse si es conveniente o no que la Ley de Acceso a la Información sea aprobada como ley especial, con este objeto exclusivo, o si, por el contrario, es preferible su incorporación a la Ley General de Procedimiento Administrativo.

Es, desde luego, de máxima importancia para la efectividad de la Ley de Acceso a la Información su plena integración en el derecho administrativo del país, con objeto de que las autoridades y agentes públicos llamados a cumplirla no la perciban como un elemento anómalo o excepcional en el sistema administrativo, sino como una pieza más del mismo, plenamente normalizada. Y también es innegable que la inclusión en la propia Ley General del Procedimiento Administrativo satisface plenamente dicha integración.

Ahora bien, este modelo no está exento de serios inconvenientes. De entrada, debe resaltarse que lo verdaderamente característico del derecho general de acceso a los documentos administrativos estriba en consistir en un derecho ejercitable al margen de un procedimiento, es decir, de la legitimación derivada de la existencia de un interés legítimo en un procedimiento administrativo concreto. No se trata, por tanto, de una garantía o institución procedimental, sin perjuicio de que naturalmente su ejercicio está sujeto a un específico procedimiento.

Además, la Ley de Acceso a la Información puede tener un ámbito de aplicación parcialmente diverso -más amplio- al de las leyes de procedimiento administrativo, puesto que ambas leyes responden a lógicas diversas: la de la ley de procedimiento es someter a unas garantías legales la actuación de las administraciones en ejercicio de poder público, mientras que la Ley de Acceso a la Información es plasmar un principio horizontal de transparencia. Asimismo, puede ser ventajoso su consideración como ley especial, para evitar su vaciamiento mediante leyes sectoriales.

Y, sobre todo, la incorporación en la Ley General de Procedimiento Administrativo puede comportar un efecto no deseado de falta de impacto real, al quedar diluida la ordenación del derecho de acceso a la información en el

conjunto de las instituciones jurídico-administrativas -tal como ha sucedido en España-.<sup>14</sup>

## **V. LAS RELACIONES DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN CON OTRAS NORMAS**

La Ley de Acceso a la Información debe cuidar su coordinación en especial con dos tipos de normas legales.

### **1. La Ley de Protección de la Privacidad**

En primer lugar, es frecuente la existencia de la Ley de Protección de la Privacidad o intimidad, en particular frente a tratamientos informatizados de los datos personales. El ámbito de estas leyes es más amplio, pues alcanza no sólo a documentos de titularidad pública sino también a informaciones en poder de sector privado. Ahora bien, estas leyes de protección de la privacidad inciden sobre la Ley de Acceso a la Información de una doble forma. De un lado, delimitan una amplia serie de informaciones como concernientes a la privacidad, y que, por tanto, no deben ser accesibles a terceros sin el consentimiento de su titular. Y, de otro lado, estas leyes delimitan un derecho de acceso a dichas informaciones por parte del propio afectado, el cual podrá generalmente elegir entre una u otra ley. De aquí la necesidad de un adecuado acoplamiento o engarce entre ambos textos legales.

### **2. La legislación sobre archivos públicos**

Y, en segundo lugar, es muy conveniente que la Ley de Acceso a la Información se complemente adecuadamente con la legislación de archivos. En efecto, aunque el derecho de acceso como tal constituye un dispositivo con identidad propia en sí mismo, presenta dos líneas de confluencia con la legislación sobre archivos que conviene diferenciar adecuadamente.

De un lado, se encuentra la consideración, extendida desde hace mucho tiempo en algunos países -como Francia o Italia, no así en España-, según la cual la documentación depositada en determinados tipos de archivos -los llamados convencionalmente históricos- y/o que tenga una cierta antigüedad, al ser considerada como documentación histórica fundamenta un derecho de acceso específico a dicha documentación, históricamente anterior al derecho de acceso de carácter general, y que, una vez reconocido éste, da lugar a un régimen de acceso más flexible, fundamentalmente porque determinados límites vigentes en el régimen general son levantados en este otro régimen específico, así como porque se admite una consulta libre, esto es no procedimentalizada.

De otro lado, e independientemente de la anterior consideración, el sistema archivístico, entendido como medio de gestión integral de los documentos públicos, constituye la premisa imprescindible para la efectividad y operatividad no ya de aquel derecho específico a la documentación histórica, sino del propio derecho de acceso de carácter general. En efecto, si los archivos se entienden en un sentido amplio que incluye no sólo los archivos históricos sino también los archivos administrativos, los documentos administrativos se encuentran, al fin y al cabo, siempre en un archivo. Asimismo, el primer presupuesto evidente del derecho de acceso es que el documento al que se pretenda acceder exista y se encuentre localizable. Con frecuencia, el principal obstáculo para el acceso no estriba tanto en una voluntad expresa de opacidad, como en la simple falta de accesibilidad de la documentación para la propia administración titular de la misma.<sup>15</sup> Además, la dialéctica conservación-eliminación de los documentos públicos únicamente puede ordenarse adecuadamente desde la legislación archivística, a través de la aplicación de las técnicas archivísticas de valoración, selección y expurgo de la documentación. De otro lado, para que el derecho de acceso sea operativo no es suficiente la existencia misma del documento, sino que es preciso, además, que éste sea localizable por la propia administración e identificable por los ciudadanos, lo cual conduce necesariamente a la ordenación de la gestión de los documentos por el sistema archivístico - catalogación, clasificación, valoración...-. Y, en otro orden, el sistema archivístico es el único que puede ofrecer, a partir de las técnicas archivísticas de descripción, identificación y valoración documental, una visión global del derecho de acceso, de sus límites y del procedimiento para su ejercicio, lo cual no significa necesariamente que desde el sistema archivístico se decida cada petición de acceso.<sup>16</sup>

### **3. Otra legislación sectorial**

Por último, además de las dos normas señaladas, es común que las leyes de acceso a la información se remitan a una serie más o menos amplia de leyes específicas para determinados ámbitos. Es ciertamente inevitable esta complementación de la Ley de Acceso a la Información. Ahora bien, el riesgo estriba en considerar a la Ley de Acceso a la Información como una mera ley general, de modo que en aplicación del criterio según el cual la ley especial prevalece sobre la ley general, podría suceder que, a la larga, la Ley de Acceso a la Información se viera desplazada por múltiples normas especiales, y vaciada así de contenido.

Para evitar esta eventualidad, es conveniente que la Ley de Acceso a la Información sea configurada como una ley básica, o de garantías mínimas, en el sentido de que la ley sectorial deberá respetar los mínimos establecidos

en la Ley de Acceso a la Información.

## **VI. LEY SENCILLA Y EQUILIBRADA**

En cuanto al contenido de la ley, desde un punto de vista formal, de técnica legislativa, es capital que la ley sea comprensible por el ciudadano medio al que está destinada. Por esta razón, la ley debe contener una redacción clara, que evite en la medida de lo posible el empleo de términos excesivamente técnicos y, sobre todo, de dogmatismos. Además, es evidente que una regulación vaga genera ambigüedad, y en la ambigüedad es más fácil para la administración eludir la publicidad de sus actos.

Desde un punto de vista material, la ley debe definir lo más claramente posible los confines entre la publicidad y el secreto. A este respecto, debe subrayarse que no hay un sistema ideal. Se ha dicho, acertadamente, que el mejor sistema es el que realiza un justo y viable equilibrio entre la transparencia y el secreto, a partir de la adaptación del dispositivo a las coordenadas de cada país. Debe observarse, así, que las posiciones maximalistas pueden conducir a resultados opuestos a los pretendidos.

## **VII. LOS SUJETOS DEL DERECHO DE ACCESO**

### **1. Los sujetos titulares: el principio de universalidad. La legitimación**

El punto de partida ha de ser un principio de universalidad subjetiva del derecho de acceso, puesto que no se trata de un derecho de participación política - que deba vincularse al *status activae civitatis*- sino de una manifestación específica del derecho a la información.

En cuanto a la legitimación para el ejercicio del derecho, ciertamente, como todo derecho informativo, el derecho de acceso a la documentación pública es esencialmente un derecho instrumental, esto es se ejercita el derecho no como una finalidad en sí misma, sino para otros fines de los más variados: desde finalidades altruistas como la protección de intereses públicos -el medio ambiente, el patrimonio cultural-, a intereses estrictamente personales -como el derecho a la intimidad-, incluidos los intereses patrimoniales como los comerciales. En todo caso, lo fundamental es que no deben invertirse los planos: es decir, la administración no debe entrar a prejuzgar los eventuales fines del sujeto interesado para condicionar el acceso. Y de aquí la regla en virtud de la cual el solicitante no debe estar obligado a justificar su interés, ni por tanto a motivar su solicitud.

Por tanto, no debe exigirse, con carácter general, la

acreditación de una posición subjetiva cualificada, exigencia ésta que no sólo vaciaría la potencialidad y sustantividad de la institución. Y sin que ello signifique excluir totalmente la funcionalidad de la noción de legitimación en esta materia -acceso a determinados documentos- y la posibilidad de discriminar entre unos fines y otros -por ejemplo, gratuidad o bonificación en el acceso-.

## **2. Los sujetos pasivos: una noción sustancialista de administración**

La sujeción al derecho de acceso vendría determinada por la condición de la entidad como administración pública. En principio, es claro que dicha noción engloba a las entidades con forma jurídico-pública. Pero, ¿qué sucede con esas otras entidades con forma jurídico-privada que, cada vez con mayor frecuencia, desarrollan funciones públicas e, incluso, ejercen potestades de autoridad por encomienda o delegación de una administración pública? De poco nos habría servido someter a todas las administraciones públicas al derecho de acceso, si las propias administraciones, a través de la potestad de autoorganización, pueden crear entidades instrumentales al margen de dicho estatuto jurídico; es decir, si la propia administración es libre para decidir si es o no, en parte, administración pública.

Se trata de una cuestión ardua en cada ordenamiento. Sin embargo, para garantizar la efectividad del derecho de acceso a la información sería conveniente superar la noción meramente formal de administración pública, como entidad con personalidad jurídico-pública, y llegar a un concepto más funcional o material que comprendiese también a aquellas otras organizaciones que sin revestir forma de entidad pública, sin embargo, desde un punto de vista sustantivo pueden y deben considerarse como "entidades equivalentes a personas jurídicas de derecho público" -utilizando la terminología de la jurisprudencia de la Unión Europea para lograr su sujeción a las normas de contratación pública-, por haber sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y por estar financiadas mayoritariamente por administraciones públicas, o bien sus órganos de gobierno estén compuestos mayoritariamente por miembros nombrados por las entidades de derecho público, o su gestión se halle sometida al control de éstas últimas.<sup>17</sup> En todo caso, para mayor seguridad jurídica, la ley podría obligar al gobierno a aprobar una relación de entidades incluidas en esta noción, relación que deberá actualizar anualmente, y ello sin perjuicio de la competencia de los tribunales para interpretar la ley.

Si por el contrario se considera forzado atribuir a dichas organizaciones la naturaleza de administraciones públicas, aunque sólo sea con el fin de sujetarlas al

derecho de acceso, cabe una solución intermedia. En la línea de la directiva comunitaria 313/1990/CEE, sobre libertad de acceso a la información relativa al medio ambiente, cabe considerar que las administraciones públicas de las que dependen dichas organizaciones instrumentales, o que son titulares del servicio o función públicos concedidos, deben ser reputadas jurídicamente "titulares" de la documentación directamente relacionada con el mismo, con independencia de su posesión material. De esta manera se evitaría que una mera decisión organizatoria -como es optar por una fórmula de gestión "indirecta" del servicio- limite el ámbito del derecho de acceso a la información.

## **VIII. EL OBJETO DEL DERECHO: LA NOCIÓN DE DOCUMENTO ADMINISTRATIVO**

### ***1. El documento como objeto del derecho de acceso***

Lo que diferencia a este derecho de acceso a la información de otros derechos informativos es que tiene por objeto no ya una actividad informativa realizada por la administración, que actúa como intermediaria entre la fuente de información y el ciudadano, sino el acceso directo a la fuente de información misma -en este caso, al documento-.

En todo caso, esta delimitación del objeto del derecho de acceso conlleva una serie de consecuencias institucionales que no consisten propiamente en límites del derecho, sino en presupuestos del derecho mismo. A este respecto, destaca el requisito, aparentemente obvio, de la existencia del documento, pues no constituye objeto del derecho de acceso la información en "bruto", no materializada o reproducida en un documento en sentido amplio. Las peticiones relativas a documentos inexistentes tienen, en realidad, por objeto una actividad de la administración de contenido prestacional -una obligación de hacer, de producción del documento-, ajena -como se ha dicho- al derecho de acceso. De este modo, las leyes de acceso a la información no autorizan para que se pueda exigir a la administración la producción de nuevas informaciones o documentos -informes, evaluaciones, análisis-.<sup>18</sup>

No obstante, aun cuando se trata de una exigencia institucional incuestionable en sí misma, debe señalarse que en su aplicación práctica presenta algunas dificultades de consideración -por ejemplo, en materia de acceso a bases de datos informatizadas-. A este respecto, debe señalarse que las normas más recientes permiten el acceso a documentos existentes en soportes informáticos "o que puedan obtenerse mediante un tratamiento informatizado de uso corriente", de modo que el documento como tal puede no existir en la fecha

de la solicitud.<sup>19</sup>

Diferente del caso de inexistencia del documento solicitado, es el hecho de que, aun cuando se admita la existencia previa del documento, se alega su destrucción o bien su pérdida. En ambos casos, la destrucción del documento o su falta de localización inciden sobre el presupuesto de ejercicio del derecho de acceso, esto es la existencia y disposición del documento por la administración, pero su valoración jurídica no debería limitarse, como el caso de inexistencia del documento, a constatar sin más la imposibilidad material de ejercitar el derecho, puesto que este tipo de alegación puede implicar una actuación irregular o negligente por parte de la administración, de la que al fin y al cabo obtendría un beneficio, en contra de los más elementales principios jurídicos.

A este respecto, debe reconocerse que el deber de conservación de los documentos públicos como parte del patrimonio cultural no puede ser, evidentemente, absoluto. Las administraciones -a pesar de las nuevas tecnologías- generan una masa ingente de documentos que hace imposible -e innecesaria- su indiscriminada conservación. La masa documental que hoy producen las administraciones, precisa de un esfuerzo valorador que haga conservar de modo adecuado los documentos que haya que preservar por incorporar valores culturales, científicos, históricos o de otro tipo, y destruir el resto de la documentación que haya perdido vigencia administrativa. En definitiva, aunque parezca paradójico, se trata de destruir para poder conservar con un eficaz empleo de los recursos.

## ***2. La noción de documento administrativo***

En algunos modelos -como Francia y Portugal- se vincula la noción de documento administrativo a la naturaleza y régimen jurídico de la actividad en el curso de la cual ha sido producido, en el sentido de que el documento ha de ser producido o recibido por una administración en el ejercicio de funciones administrativas o de potestades públicas (Portugal).

A este respecto, entendemos que la cuestión de la naturaleza pública o privada del derecho aplicable a la actividad en curso, de la cual una administración -territorial o institucional- generó o recibió el documento, es indiferente con el fin de deslindar el ámbito de aplicación del derecho de acceso. En efecto, el principio de publicidad debe penetrar la entera actividad de todas y cada una de las administraciones públicas, en el sentido de que integra su estatuto propio, con independencia de la naturaleza formal de las relaciones jurídicas que enlaza. Y ello es así porque, con abstracción de la naturaleza del derecho aplicable en

cada caso a su concreta actividad, la administración es, por imperativo constitucional, siempre y en todo momento un poder público sujeto a servir con objetividad los intereses generales, y a actuar de acuerdo, entre otros, con el principio de eficacia, y con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Por esta razón, sobre toda la documentación -sin distinción formal de regímenes jurídicos- de la que son titulares las administraciones públicas recae la presunción de que se trata de información pública. De lo contrario, en todas aquellas actuaciones en las cuales la administración no tenga ineludiblemente que sujetarse a procedimientos jurídico-públicos, quedaría en manos de la propia administración eludir la aplicación del derecho de acceso.

En definitiva, la noción de documento administrativo, como objeto del derecho de acceso, es absolutamente independiente del concepto de acto administrativo: de un lado, la noción de documento administrativo no sólo incluye a actos de la administración sujetos al derecho privado, sino que incluye también a actos de los administrados; y, de otro lado, pueden existir actos administrativos que no pueden ser objeto del derecho de acceso porque no se han materializado aún en un documento.

### **IX. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

En cuanto los límites del derecho de acceso, las experiencias del derecho comparado ponen de manifiesto que las fronteras entre la publicidad y el secreto son poco precisas, y que requieren una constante búsqueda de equilibrio entre los imperativos contradictorios de la información y el secreto, como condición indispensable para la viabilidad de un sistema de acceso, de modo que deben rechazarse las posiciones maximalistas.

Ahora bien, es absolutamente imperativo que el sistema descansa en la premisa según la cual la publicidad de la acción administrativa debe constituir el principio, y el secreto la excepción. La enumeración taxativa de las excepciones al derecho constituye una de las condiciones fundamentales para la efectividad de todo el dispositivo legal. Y, a partir de este carácter tasado de las excepciones legales, han de ser objeto de una interpretación estricta, de modo que el criterio hermenéutico que debe presidir la interpretación del dispositivo ha de ser el principio *favor publicitatis*.

En cuanto a la determinación de cuáles han de ser las concretas excepciones al derecho de acceso, su delimitación debe estar sujeta a los requisitos generales comúnmente establecidos para la limitación de los derechos fundamentales: primero, la excepción ha de

estar contenida en una norma con rango de ley; segundo, la limitación misma debe estar justificada en la protección de otro derecho o bien constitucionalmente relevante; tercero, debe existir una congruencia o proporcionalidad entre el alcance de la excepción y la protección del derecho o bien así garantizado, pues en otro caso la limitación del derecho incurriría en arbitrariedad; y cuarto, aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho, éstas pueden ser ilegítimas si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y en su modo de aplicación, pues en tal caso la efectividad del derecho quedaría en manos de la voluntad del aplicador de la ley.

Estas exigencias plantean la conveniencia de que la definición de los límites del derecho de acceso en la ley se realice, no en términos absolutos, de exclusión apriorística, sino en términos flexibles, de contraste o valoración de los intereses en presencia.

Así, por ejemplo, en el caso de los documentos elaborados para uso interno, es decir de aquellos que contienen opiniones emitidas por las autoridades y funcionarios en el marco de las deliberaciones o consultas previas a adopción de una decisión, la decisión acerca del acceso a los mismos no debería depender de criterios apriorísticos, como son la exclusión de estos documentos de la noción misma de documento comunicable -caso del derecho francés y portugués- o de la terminación o no del procedimiento -caso del derecho español-, sino a la vista de los intereses en presencia, de un lado el principio de eficacia o buena administración, y de otro el principio de transparencia. Así, el acceso no deberá permitirse en la medida en que la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha difusión revista un interés público superior.<sup>20</sup>

De modo similar, en relación con el derecho a la intimidad, el acceso no debería depender tanto de la catalogación del documento como nominativo o no, esto es que contenga o no datos referibles a una persona - sistema portugués o francés antes de la reforma del año 2000-, como del hecho singularizado de que el documento contenga una apreciación o juicio de valor sobre una persona física, nominativamente designada o fácilmente identificable, o revelen comportamientos de una persona cuya divulgación podría perjudicarle.<sup>21</sup> Y, es también evidente que no debe pesar por igual la alegación de intereses públicos ligados a la transparencia, que la simple curiosidad personal o el interés comercial, de modo que el acceso dependerá de que en dado caso se considere o no como una intromisión injustificada.

Por tanto, como consecuencia del principio de

proporcionalidad, para afirmar la necesidad del secreto ante la presencia de un interés constitucionalmente apreciable, es necesario que aquél se presente como factor real y no meramente potencial. Es decir, no basta que la información contenida en el documento se refiera a una de las materias tipificadas legalmente, sino que es necesario, además, que la comunicación del documento sea susceptible de causar un perjuicio claro y efectivo a los intereses protegidos, lo cual comporta la necesaria ponderación entre los intereses en presencia.

Asimismo, el principio de proporcionalidad impone que la restricción al acceso sea la indispensable, tanto material como temporalmente. Es decir, si es suficiente la suspensión o aplazamiento del ejercicio del derecho deberá acordarse éste, por el tiempo indispensable, antes que la denegación del mismo. Y aquí debe recordarse que el alcance de una excepción nunca puede ser perpetuo, sino que es esencialmente mudable: la relación entre determinadas informaciones y ciertos intereses con el paso del tiempo se modifica hasta el punto en que los intereses en cuestión no sufren daño alguno por una eventual divulgación de las informaciones a ellos referidas. Hay que atender, por tanto, no sólo a la sustancia del mensaje, sino también a su valor en función del tiempo en que se accede a él.

De aquí la conveniencia de que la ley, con fines de seguridad jurídica, fije unos plazos máximos para la aplicación de cada una de las excepciones.<sup>22</sup> Cuáles deban ser dichos plazos es una cuestión que deberá valorar el legislador, y, a este respecto, cabe señalar que el plazo más breve no es necesariamente el más favorable para los ciudadanos, pues puede conllevar consecuencias negativas, como la pérdida de la documentación por temor a una comunicación prematura. Y, en última instancia, es preferible que exista la documentación aun cuando no sea temporalmente accesible, a que sea eliminada, pues no hay documento más secreto que el documento destruido, inexistente.<sup>23</sup>

Y, de otro lado, aquí entra en juego la técnica de la fragmentación o comunicación parcial del documento, de enorme importancia práctica -sobre todo en lo referente a documentos que afectan a la vida privada-, y en virtud de la cual a la administración se le impone un análisis en dos tiempos. Debe verificar, primero, si una excepción es susceptible de aplicarse al documento. Si no encuentra ninguna aplicable, debe comunicar íntegramente el documento. En caso contrario, la administración -y en caso de recurso los tribunales- deben determinar si la eliminación de ciertos pasajes o menciones de terceros permitiría la comunicación del documento así amputado. Pues bien, conviene que la ley, sin esperar a la elaboración jurisprudencial, consagre esta técnica, de modo que, cuando sea factible

su uso, constituya un derecho del particular y no una facultad discrecional de la administración.<sup>24</sup>

## **X. EL PROCEDIMIENTO DE EJERCICIO DEL DERECHO**

No existe, con carácter general, un acceso "libre" a la documentación administrativa. En todos los sistemas se impone la intermediación de la administración, lo cual comporta la consiguiente "procedimentalización" del ejercicio del derecho de acceso, es decir, el encauzamiento del ejercicio del derecho mediante un procedimiento de tipo autorizatorio.

### **1. La solicitud de acceso**

La principal carga del solicitante consiste en identificar el documento objeto de acceso. Debe reconocerse que esta exigencia de identificación preliminar es una condición estructural para el ejercicio de este derecho, pero debe advertirse que la identificación definitiva del documento debe ser el resultado de una colaboración activa entre el interesado y la propia administración, presidida por el principio de buena fe.

A este respecto, las normas más recientes establecen que si la solicitud no es lo suficientemente precisa, la administración requerirá al solicitante que aclare la solicitud, y deberá ayudarle a hacerlo. Así, alguna ley declara el deber de la administración de informar a los interesados sobre la existencia y contenido del derecho.<sup>25</sup>

Sin embargo, es necesario que esta información sobre los documentos sea pública, con objeto de evitar un empleo discriminatorio y, por tanto, perverso, del dispositivo de transparencia. Y, en este sentido, es preferible el criterio según el cual la administración debe facilitar información sobre el uso de los registros públicos de documentos en los cuales debe incluirse una referencia a los mismos.<sup>26</sup>

### **2. Tramitación**

La tramitación de los procedimientos de acceso debe tener presentes dos aspectos principales. De un lado, la justicia misma del procedimiento y, de otro lado, su celeridad. En efecto, cuando la solicitud de acceso pueda afectar los derechos e intereses de terceros -caso de petición de documentos que contengan datos personales o confidenciales de las empresas-, es importante para la propia justicia del sistema de acceso que la ley garantice la participación en el procedimiento de tales terceros "contrainteresados", asegurándose un procedimiento contradictorio.

De otro lado, es vital garantizar al mismo tiempo la máxima celeridad posible en la tramitación de las solicitudes, dada la extrema caducidad del valor de la información en nuestra sociedad actual, así como la sencillez de la sustanciación de estos procedimientos. A este respecto, existen criterios diversos sobre cuál debe ser el plazo de duración del procedimiento, si bien el plazo máximo que parece imponerse es el de un mes (Francia, Italia), plazo que es reducido en las normas más recientes aproximándose al modelo norteamericano (15 días laborables en la Unión Europea, 10 días ampliables en Estados Unidos de América y en Portugal). Con todo, tampoco caben aquí posturas maximalistas, sino que el legislador deberá valorar las posibilidades reales de sus administraciones para dar una respuesta adecuada a las solicitudes de acceso, puesto que parece preferible aplazar en algo la resolución, si ésta es favorable o, al menos, está suficientemente razonada, pues -tal como se verá- la única alternativa a la decisión expresa es un mero silencio desestimatorio.

#### **XI. MODALIDADES DE EJERCICIO DEL DERECHO: ACCESO DIRECTO Y OBTENCIÓN DE COPIAS**

Tradicionalmente, las modalidades de acceso o comunicación del documento se limitaban a dos: la consulta *in situ* del documento y la expedición de copia del mismo. La ley debe seguir contemplando estas modalidades, reconociendo expresamente un principio de libertad de elección entre ambas, salvo que peligre la integridad misma del documento.<sup>27</sup>

Ahora bien, la ley debe contemplar también las modernas formas de transmisión de datos. Así, la ley debe prever la comunicación del documento en soporte informático, si el documento solicitado existe en tal soporte.<sup>28</sup> Más aún, es conveniente prever también la posibilidad de acceso directo a través de medios electrónicos.<sup>29</sup>

Por lo demás, las principales diferencias entre los modelos comparados estriban en la imputación de los costes de la aplicación de la ley: mientras en Estados Unidos de América rige, con carácter general, la regla de hacer recaer los costes sobre el solicitante, en los modelos europeos -incluidos el español- se tiende a la gratuidad, salvo en lo relativo a los costes estrictos de reproducción de copias. No obstante, debe señalarse que una generalización del uso de la ley -sobre todo con fines comerciales- podría plantear, en un contexto económico como el actual, la cuestión de imputar a los solicitantes al menos parte de los costes, puesto que es preferible hacer pagar la comunicación que no comunicar. Las invocaciones del secreto para ocultar una preocupación de orden puramente económico pueden comprometer gravemente la efectividad del derecho. De este modo, una medida aparentemente favorable para

los particulares -la gratuidad de la búsqueda del documento- puede conllevar un efecto justamente contrario.

En cuanto a la posibilidad de que el sujeto que accede al documento pueda proceder a su reproducción con fines comerciales o destinarlo a cualquier otro tipo de explotación económica, bastará la remisión de la ley al respeto de los derechos de autor o de propiedad intelectual, así como a las normas de competencia desleal, que generalmente exigirán la previa autorización del titular del derecho.

## **XII. DENEGACIÓN Y LIMITACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO**

Respecto a la denegación o limitación del ejercicio del derecho, es común a todos los modelos comparados la exigencia de motivación, aplicable también a los casos no ya de denegación sino de autorización de la solicitud si existen terceros "contrainteresados". A este respecto, debe subrayarse que el deber legal de motivación presenta una importancia capital en la aplicación del derecho de acceso. Dadas las múltiples excepciones que contienen las normas, en la práctica la garantía de que el sistema de transparencia funciona estriba en buena parte en la efectividad de este deber legal, esto es que la administración justifique adecuadamente sus resoluciones denegatorias o limitativas.

Para ello debe señalarse que la motivación del acto no es un simple requisito formal, sino de fondo, en el sentido de que debe dar razón plena al proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Lo que significa en los contenciosos del derecho de acceso que la motivación de la resolución debe contener referencia específica, no sólo a la legislación vigente y a la clase de límite aplicado, sino también a las circunstancias de hecho en virtud de las cuales la solicitud no puede ser autorizada en el caso concreto. Es decir, la motivación debe consistir en una apreciación concreta o real, aunque sólo sea sumariamente, mas no abstracta o genérica, para cada documento individualizado o, al menos, para cada categoría de documentos de iguales características.<sup>30</sup>

Por otro lado, es también general el criterio en virtud del cual la falta de resolución expresa en plazo se entiende denegatoria de la misma -silencio negativo-. Aparentemente sería más favorable para los ciudadanos la opción por el silencio positivo, es decir, vencido el plazo para resolver, el solicitante pudiera entender concedido el acceso. Sin embargo, lo cierto es que la técnica del silencio administrativo positivo presenta unos límites estructurales que impiden su extensión a todo tipo de procedimientos. Desconocer estos límites institucionales, por muy insatisfactorio que pudiera

parecer, no supone sino incurrir en un voluntarismo normativo generador de desconcierto para aquellos sujetos a los que se pretende favorecer. Y esto es precisamente lo que sucede en los procedimientos de acceso a la documentación, en los cuales la realización efectiva del derecho de acceso no se obtiene con el acto presunto estimatorio, sino con la exhibición de la documentación solicitada, lo cual requiere la intermediación de los correspondientes servicios administrativos para localizar y poner a disposición de los solicitantes la documentación, de modo que la inactividad de la administración no sólo no satisface la pretensión.

En definitiva, el criterio estimatorio del silencio administrativo en este procedimiento, aun cuando bien intencionado, no es operativo, puesto que al fin y al cabo el interesado no puede ejercitar su derecho sin contar con la colaboración activa de la administración, viéndose obligado, además, a acudir a la tutela judicial para satisfacer su pretensión sin contar con una resolución expresa que motive la denegación del ejercicio del derecho. Por esta razón, la asignación del sentido estimatorio al silencio en este procedimiento, lejos de resultar beneficiosa para el ejercicio del derecho de acceso, originaría efectos perturbadores, tal como sucede en España en relación con el acceso de los concejales a la documentación local.<sup>31</sup>

Ahora bien, si no existe más opción que acudir al silencio negativo, debe contemplarse algún mecanismo que penalice la actuación de la administración que bloquea el acceso, incumpliendo sus deberes legales de resolver de modo expreso y motivado. Y este mecanismo no puede ser otro que considerar que en los casos de mero silencio negativo no precluye el plazo para la interposición de recursos, pues no sería de aplicación a este tipo de contenciosos de la excepción de acto confirmatorio o de reproducción de otros anteriores firmes, puesto que en puridad la administración no ha emitido acto alguno. De otro lado, para facilitar la actuación del interesado en estos casos de silencio negativo, debería imponerse a la administración el deber de emitir un acuse de recibo de todas las solicitudes.<sup>32</sup>

### **XIII. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE ACCESO: DERECHO DE ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL**

#### **1. *Garantía administrativa***

En última instancia, la función de garantía jurídica del derecho de acceso corresponderá a los órganos judiciales competentes. Ahora bien, los contenciosos sobre acceso a la documentación presentan dos características que les hacen especialmente indicados para la articulación de garantías administrativas previas,

de carácter complementario: de un lado, la necesidad de una pronta resolución del recurso, que comúnmente no pueden satisfacer los tribunales; y, de otro lado, la circunstancia de que, salvo que existan intereses patrimoniales sustanciosos, el coste económico del proceso supone un serio obstáculo para acudir a la tutela judicial.

A este respecto, en algunos modelos se ha previsto la formulación de una queja ante el defensor del pueblo o figura similar (Unión Europea). Sin embargo, la dependencia de este órgano de la Asamblea Legislativa plantea serias dudas acerca de la corrección del criterio de atribuir a estos comisionados parlamentarios facultades decisorias o coercitivas frente a la administración. En cambio, sí que está presentando una interesante experiencia la constitución de Comisiones de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA), como órgano dotado de autonomía funcional -Francia y, en menor medida, Italia-, e, incluso, configurada como organismo con personalidad jurídica propia e independiente -caso de Portugal-.

Además, la creación de este tipo de órganos, si están dotados de autonomía funcional e integrados por expertos que garanticen la competencia de sus decisiones o dictámenes, presenta una ventaja adicional que puede ser decisiva para el éxito del dispositivo legal de acceso. En efecto, el derecho de acceso a los documentos públicos plantea fundamentalmente un problema de límites, de fronteras: hasta donde debe extenderse la publicidad y partir de dónde debe preservarse el secreto, la confidencialidad. Sin perjuicio de la necesidad indicada de una regulación clara, en la medida de lo posible, en la ley sobre los límites o excepciones al derecho de acceso, en la aplicación concreta de la misma, en última instancia, siempre habrá que realizar un juicio de ponderación, de valoración de los intereses en presencia, puesto que al ser contradictorios, difícilmente cabe una armonización: ineludiblemente un interés debe prevalecer sobre otro, el cual es sacrificado.

Y en esta operación de balanceamiento, o armonización de intereses, salvo en casos extremos, no son válidas las soluciones apriorísticas, sino que es preciso analizar cada caso concreto. Se trata, pues, de un derecho encadenado a la realidad, a la casuística. Y en estos casos la jurisprudencia desempeña un papel de primer orden, pues permite la conformación de un acervo de criterios y soluciones que oriente la actuación de los distintos operadores jurídicos -tanto del funcionario que informa como de la autoridad que resuelve las solicitudes-.

De aquí la conveniencia de que el sistema de acceso esté auxiliado por un órgano dotado de *auctoritas* suficiente

para elaborar un *corpus* doctrinal susceptible de cumplir una función de orientación *-indirizzo-*, de punto de referencia para la administración y coadyuvar a los mismos tribunales en la difícil y casuística aplicación de la ley -tal como demuestra la experiencia de la CADA francesa-.

Y esta necesidad de orientación es de gran importancia para la efectividad del sistema. En efecto, aun cuando existen desde luego actuaciones de intencionada ocultación de la información, de ordinario, la autoridad o empleado público carecen tanto de un especial afán por facilitar la información como por ocultarla. Sin embargo, el funcionario o servidor público al que se solicita el acceso a la información se ve empujado a una encrucijada, pues es consciente de que si comunica indebidamente un dato confidencial podrá comprometer su responsabilidad personal, incluso de carácter penal por revelación de secretos. Y de aquí la importancia de contar con un cuerpo de precedentes elaborado por un órgano especializado que permitan descargar al funcionario de esa eventual responsabilidad por los efectos causados por una comunicación indebida.

## **2. Garantía jurisdiccional**

En relación con la garantía jurisdiccional, debe señalarse que la peculiar relación existente entre publicidad y secreto, en virtud de la cual en vigencia del secreto la publicidad es aún realizable, pero en vigencia de la publicidad el secreto es irremediablemente sacrificado, impone determinadas particularidades a este tipo de contenciosos. En primer lugar, las medidas cautelares no pueden tener por finalidad la comunicación anticipada del documento -en caso de resolución denegatoria- sino, justamente al contrario, garantizar la no comunicación del documento -en caso de resolución autorizatoria-, pues la ejecución del acto conlleva un perjuicio de reparación rigurosamente imposible.

En segundo lugar, debe establecerse una modulación del principio contradictorio o de publicidad del proceso, en el sentido de reconocer al juzgador la facultad de acceder a "puerta cerrada" *-in camera-* a los documentos objeto de controversia -necesaria para que pueda decidir con pleno conocimiento de los hechos, y no limitarse a una mera apreciación *in abstracto-*, pero sin que tenga lugar un traslado de los documentos a la parte demandante, pues en tal caso el proceso sencillamente perdería su objeto. No obstante, con objeto de compensar la posición desventajosa del demandante -que ha de acreditar los hechos que invoca a su favor sin poder acceder al contenido exacto del documento, de modo que no está en posición de argumentar positivamente que el documento en cuestión no afecta a ningún bien jurídico susceptible de excepcionar o limitar el acceso-, debe postularse -en la línea del derecho estadounidense- la

conveniencia de invertir, en estos casos, las reglas generales de la carga de la prueba, de modo que corresponda a la administración demostrar que la denegación de la comunicación es justificada.

Y, en tercer lugar, hasta tanto no gane firmeza la sentencia que ordena la comunicación del documento, no podrá ser ejecutada, pues de lo contrario quedaría sin objeto el recurso procedente. En definitiva, la misma naturaleza del secreto impide que pueda ser tutelado una vez que se ha producido la publicidad.

Asimismo, en cuanto al contenido del fallo, en el caso de estimar la pretensión de acceso a la documentación, la sentencia no debe limitarse a anular la resolución, expresa o presunta, denegatoria o limitadora de la información solicitada, así como a declarar el derecho del demandante a la entrega de la misma, sino que, además, debe contener la condena a la administración en cuestión para que ponga a disposición del recurrente la documentación solicitada.

Por último, dada la simplicidad de la ejecución de este tipo de sentencias que imponen obligaciones de hacer perfectamente fungibles, debe entenderse que el juez o tribunal están facultados también para ejecutar el fallo incluso en vía sustitutoria o subsidiaria de la administración, por ejemplo, a través de la designación de un comisionado para que acceda a los archivos administrativos en sustitución de la administración incumplidora.

#### **XIV. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS**

En la línea, arriba indicada, de articular una verdadera política pública de transparencia, es preciso que las autoridades políticas lleven a cabo un esfuerzo decidido a adecuar las estructuras administrativas a las exigencias prácticas derivadas del reconocimiento de este derecho, así como a sensibilizar al personal al servicio de la administración para la aplicación de un derecho que representa una innovación radical en las relaciones entre la administración y los ciudadanos.

Así, la efectividad del sistema de publicidad de los documentos precisa que las administraciones no sólo consientan el acceso a los documentos, sino que realicen de *motu proprio* una actividad de "información sobre la información". Y, a este respecto, la principal cuestión que se plantea es la relativa al denominado deber de señalización, en virtud del cual la administración publica los datos de referencia imprescindibles para conocer e identificar los documentos de que dispone, y que pueden ser objeto del derecho de acceso, pues de lo contrario las peticiones de acceso se referirán exclusivamente a documentos nominativos por parte de aquellos a quienes

afectan -expedientes personales de funcionarios, de contribuyentes, de hospitalizados...-, pues son los únicos cuya existencia se conoce con certeza y se pueden ubicar. Por ello, más que una simple medida "complementaria", este deber de señalización constituye un auténtico presupuesto para la efectividad del dispositivo de acceso.

Aun cuando en algún país destacado (Estados Unidos de América) se impone un deber de publicación en los boletines oficiales de todos los documentos en poder de la administración accesibles al público en general, tal deber puede ser excesivamente oneroso. Por esto, podrá reservarse exclusivamente para determinadas categorías de documentos cualificados por su alcance general para los ciudadanos -tales como instrucciones y circulares internas-.<sup>33</sup>

En cambio, en relación con el resto de los documentos, hay otra fórmula de cumplir con el deber de señalización menos gravosa para la administración, consistente en la puesta a disposición del público de índices, guías, repertorios o catálogos en los que se relacionen los documentos relativos a los procedimientos terminados. Con ello, entendemos, que quedarían satisfechas las necesidades del público, sin imponer a la administración una carga excesiva o irrazonable. Y, en este sentido, debe destacarse el criterio de alguna norma de obligar a cada administración a poner a disposición del público un registro de documentos, cuyo acceso debe facilitarse por medio electrónicos. En dicho registro deberá especificarse, para cada documento, un número de referencia, el asunto a que se refiere, así como la fecha de recepción o elaboración del documento y de su inclusión en el registro.<sup>34</sup>

Asimismo, sería de interés que la ley ordenara a las distintas administraciones públicas la aprobación de guías de "buenas prácticas administrativas" para facilitar el ejercicio del derecho de acceso. Y también apoyaría a esta finalidad la imposición del deber legal de las distintas administraciones de comunicar a la CADA la identidad del órgano o unidad responsable en cada administración de hacer cumplir la ley, así como el deber de elaborar y publicar anualmente un informe relativo al año precedente en el que figure el número de casos en los que la institución denegó el acceso a los documentos, y las razones de esas denegaciones.<sup>35</sup>

\*Profesor de derecho administrativo en la Universidad de Cádiz, España.

### **Notas:**

<sup>1</sup> Véase Sánchez Morón, M., La participación del ciudadano en la administración pública, Madrid, CEC, 1980, pp. 41 y ss.

<sup>2</sup> Véase Parejo Alfonso, L., Crisis y renovación en el derecho público, Madrid, CEC, 1991, pp. 62 y ss., donde se afirma que la administración debe considerarse no sólo habilitada, sino incluso avocada a contar con un ámbito sustantivo propio de decisión -comprensivo de la determinación de

lo que sea derecho en el caso concreto-, debido a que es la pieza del poder público más idónea para ello en atención a la complejidad y variabilidad de las situaciones precisadas de regulación-resolución estatal.

3 Ocaña Lacal, D. de, El archivero y el derecho de acceso en la sociedad democrática: algunas reflexiones, 2001, versión mecanográfica.

4 Véase Parada Vázquez, R., Derecho administrativo. Organización y empleo público, 7a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 78.

5 Fernández Ramos, S., El derecho de acceso a los documentos administrativos, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 318 y ss.

6 La gobernanza europea: un libro blanco, COM, 2001, 428 final, p. 12.

7 Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación sobre política europea en materia de acceso a los archivos, núm. 13, 2000.

8 Fernández Ramos, S., op. cit., nota 5, pp. 350 y ss.

9 En la Unión Europea se está hablando de "gobernanza", concepto que designa las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes, y que se apoya en cinco principios: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. "Cada uno de ellos resulta esencial para la instauración de una gobernanza más democrática. No sólo son la base de la democracia y el Estado de derecho en los Estados miembros, sino que pueden aplicarse a todos los niveles de gobierno: mundial, europeo, nacional, regional y local", La gobernanza europea..., cit., nota 6, p. 10.

10 Así, organizaciones internacionales no gubernamentales como Transparency International consideran el derecho de acceso a la información contenida en los archivos como una premisa fundamental del desarrollo democrático en los Estados denominados en transición. Véase "Information, Public Awareness and Public Records", TI Source Book 2000 Chapter 24: The Right to Information. Disponible en <http://www.transparency.org/sourcebook/24.html>

11 Flores D'Arcadis, Paolo, El individuo libertario, Barcelona, Seix-Barral, 2001.

12 Como es conocido, Max Weber puso de manifiesto, en su obra Economía y sociedad, que el poder de los funcionarios no se funda solamente en el saber especializado (o saber técnico), adquirido mediante aprendizajes específicos, sino que se funda también en el "saber del servicio", es decir en su conocimiento, sólo a él accesible, de los hechos concretos y decisivos del servicio. Desde esta perspectiva, el saber del servicio constituye, en cuanto saber secreto, un verdadero escudo contra el control, pues como es evidente la posibilidad de controlar a la administración -Weber tenía en mente sobre todo el control parlamentario- tiene como condición previa la ruptura del secreto. De este modo, la administración burocrática es por tendencia natural una administración opaca.

13 Así, Pomed Sánchez, L. A., "El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa", Revista de Administración Pública, núm. 142, 1997, p. 442.

14 Sobre la escasa aplicación del derecho de acceso a los documentos administrativos contenido en la Ley 30/1992, véase Fernández Ramos, S., "Cuatro casos sobre el derecho de acceso a los documentos administrativos", Actualidad administrativa, núm. 21, 2001, pp. 835 y ss.

15 Como indica Ocaña Lacal, D. de, "El archivero y la aplicación de la legislación sobre acceso", en varios autores, El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001, p. 168, "cualquier intento de establecer un régimen de auténtica transparencia es una pura quimera ante una realidad hartamente frecuente de masas informes de papel en almacenes y sótanos, en los que olvidados por todos, se disputan el escaso espacio disponible con toda clase de trastos".

16 Véase Fernández Ramos, S., "El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico", en varios autores, El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 15 y ss. Sobre la necesidad de armonizar las legislaciones de acceso a los documentos administrativos y de archivos, véase también Matas, J., "El acceso a los documentos: un derecho democrático", en "Los restos del acceso a la información", Actas del XIV Congreso Internacional de Archivos, Sevilla, septiembre de 2000.

17 Véase Moreno Molina, J. A., "El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de administración pública", Noticias de la Unión Europea, núm. 169, 1999, pp. 21 y ss.

18 Proyecto de Ley núm. 3903, presentado por C. Ferrero Costa al Congreso de Perú.

19 Ley francesa de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas. Así, se ha admitido ya la obtención de France Telecom por un sindicato de una lista de empleados clasificados por departamentos, categoría y situación

administrativa.

[20](#) Reglamento (CE) núm. 1049/2001 -artículo 4.3-.

[21](#) Ley francesa de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas.

[22](#) El Reglamento (CE) 1041/20001 fija un plazo general de 30 años - artículo 4-.

[23](#) Sobre esta cuestión pueden verse Ocaña Lacal, D. de, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", p. 190; así como Martínez García, L., "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", p. 115, Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD, Boletín XLIX, 1999, pp. 3 y 4.

[24](#) Reglamento (CE) 1041/20001 -artículo 4-.

[25](#) Ley de Portugal 65/1993 -artículo 7-.

[26](#) Reglamento (CE) 1041/20001 -artículo 6-.

[27](#) Reglamento (CE) núm. 1049/2001 -artículo 10-; Ley portuguesa 65/93 - artículo 12-.

[28](#) Ley francesa de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas.

[29](#) Reglamento (CE) núm. 1049/2001 -artículo 12-.

[30](#) Este es el criterio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea: sentencias de 19.10.1995, Carvel y Guardian Newspapers-Consejo, T-194/94, II-2766, apartado 74; 12.10.2000, JT'S Corporation-Comisión, T-123/99, apartado 46. Sobre la transparencia en la Unión Europea, véase Mestre Delgado, J. F., El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 55 y ss.; Cerrillo I Martínez, A., La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

[31](#) Sobre ello, véase Fernández Ramos, S., Los concejales y el acceso a la información, Granada, Comares, 2001, pp. 162 y ss.

[32](#) Reglamento (CE) núm. 1049/2001 -artículo 7-.

[33](#) Ley de Portugal 65/1993 -artículo 11-.

[34](#) Reglamento (CE) núm. 1049/2001 -artículo 11-.

[35](#) Reglamento (CE) núm. 1049/2001 -artículos 15 y 17-.