Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América*

Emilio GUICHOT REINA

Resumen

El autor realiza un detallado análisis de derecho comparado de las leyes de transparencia y acceso a la información en el mundo. Se examinan los aspectos fundamentales de la garantía del derecho de acceso a la información, como el ejercicio de la titularidad del derecho y de los procedimientos de acceso, así como las reglas de transparencia proactiva. Lo anterior posibilita que el autor identifique las características de la protección de acuerdo con los modelos democráticos y el desarrollo de la legislación a través del tiempo.

Palabras clave: derecho de acceso a la información, transparencia.

Abstract

The author elaborates a detailed analysis using comparative legislation on the right to access to information and transparency globally. He revises fundamental aspects of the right to information, such as the legal personality to exercise the right, the process of access to information withheld by governments, and the proactive transparency rules. The author sustains that there are different legal systems according to the democratic traditions of each country and different levels of protection to the right of access to information that varied across time.

Keywords: Right of Access to Information, Transparency.

* Artículo recibido el 14 de marzo del 2011 y aceptado para su publicación el 3 de noviembre de 2011.

EMILIO GUICHOT REINA

1. La expansión y práctica de las leyes sobre transparencia y acceso a la información; su conexión con la democracia representativa

Los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática. El movimiento hacia la aprobación de normas que garantizan el derecho de acceso a la información pública fue liderado por los países escandinavos¹ y por Estados Unidos y los países de su área de influencia anglófona.²

Entre finales de los setenta y principios de los noventa, se expandió entre los países latinos de la Europa occidental, con Francia como pionera, en algunos de los cuales la regulación vino a integrarse en leyes más generales reguladoras de las relaciones entre la administración y el ciudadano o del procedimiento administrativo.³ A finales de los noventa y principios del siglo XXI ha habido una auténtica eclosión y se ha generalizado la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella, entre ellos, el Reino Unido y Alemania;⁴ en los paí-

1 Con su precedente en Suecia en 1766 (última versión 1976), y posteriormente en 1951 Finlandia (u.v. 2009); en 1970, Dinamarca (u.v. 2000), Noruega (u.v. 2006); y en 1978 Países Bajos (u.v. 2009).

2 Estados Unidos de América en 1966 (u.v. 2007); en 1982: Canadá (u.v. 2001), Nueva Zelanda (u.v. 2003) y Australia (u.v. 2009).

3 Francia, en 1978 (u.v. 2010); Grecia, en 1986 (u.v. 1999), Italia, en 1990 (u.v. 2005), España, en 1992, Portugal, en 1993 (sustituida por la Ley de 2007), Bélgica, en 1994 (u. v. 2000). El caso español es singular, dado que la regulación se contiene en un único artículo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, con graves deficiencias y lagunas.

4 Con el precedente de Austria, en 1987 (u. v. 2005), seguida en 1996 por Islandia (rev. 2010); en 1997 Irlanda; (rev. 2005); en 1999 Liechtenstein; en 2000, Reino Unido; en 2004, Suiza; en 2005, Alemania; en 2008, Malta; en 2010, Luxemburgo.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

ses de Europa y de Asia que se encontraban en la órbita o integrados en la Unión Soviética hasta la caída del Muro de Berlín, incluida recientemente la propia Rusia,⁵ así como en las restantes zonas de América Central y del Sur,⁶ Asia,⁷ África⁸ y Oceanía.⁹ A todas estas regulaciones nacionales, que se acercan al centenar, se le suman más del doble de normas subnacionales y la regulación de acceso a la información de la Unión Europea,¹⁰ así como un

⁵ En 1992, Ucrania (u.v. 2002) y Hungría (u.v. 2005); en 1997, Uzbekistán (u.v. 2003); en 1998, Letonia (u.v. 2006), en 1999, Albania, República Checa (u.v. 2006) y Georgia (u.v. 2001), en 2000, Estonia (u.v. 2009), Lituania (u.v. 2005), Eslovaquia (u.v. 2010), Moldavia (u.v. 2003) y Bulgaria; en 2001, Polonia, Rumania (u.v. 2007) y Bosnia-Herzegovina; en 2002, Tajikistán; en 2003, Croacia, Kosovo, Eslovenia (u.v. 2005) y Armenia; en 2004, Serbia (u.v. 2007); en 2005, Montenegro y Azerbaiyán; en 2006, Macedonia (u.v. 2010); en 2007, Kirguzistán; en 2009, Rusia.

⁶ Con el precedente en 1985 de Colombia (u.v. 1998) y en 1994, de Belice; en 1999, Trinidad y Tobago; en 2001, Panamá; en 2002, México (u.v. 2010), Perú (u.v. 2003) y Jamaica (u.v. 2004); en 2004, Ecuador y República Dominicana y Antigua/Barbuda; en 2006, Honduras; en 2007, Nicaragua e Islas Caimán; en 2008, Uruguay, Chile y Guatemala; en 2010, Islas Bermudas. Además, existe una regulación por Decreto en Argentina, de 2003 y Bolivia, de 2004 y en Brasil, el Proyecto de Ley ha sido aprobado por el Congreso y actualmente se encuentra en el Senado). En Paraguay se aprobó la Ley 1.728 de 2001, que fue derogada posteriormente.

⁷ En Asia menor, en 1998, Israel (u.v. 2009), en 2003, Turquía; en 2007, Jordania; en 2008, Irán. En Asia sudoriental, en 1996, Corea del Sur (u.v. 2004); en 1997, Tailandia; en 1999, Japón (u.v. 2003); en 2002, Pakistán; en 2005, India y Taiwán; en 2007, República Popular China y Nepal; en 2008, Bangladesh e Indonesia; en 2010, Malasia.

⁸ En 2000, Sudáfrica; en 2002, Angola (u.v. 2006) y Zimbabwe; en 2005, en Uganda; en 2008, en Etiopía y en Nigeria; en 2010, Liberia y Sierra Leona.

⁹ En 2009, Isla de Cook.

¹⁰ Con el precedente del Código de Conducta relativo al Acceso del Público a los Documentos del Consejo y de la Comisión de 1993, rige hoy 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, actualmente en pleno proceso de revisión. Permitáseme la remisión a mi artículo "El nuevo derecho europeo de acceso a la información", *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003, pp. 283-316, escrito tras la aprobación del citado Reglamento, y en detalle sobre dicha normativa, su aplicación judicial, su realidad de aplicación y su proceso de reforma, a mi reciente monografía

EMILIO GUICHOT REINA

número importante de leyes en elaboración o aprobadas pero no en vigor.¹¹

Puede decirse, pues, que se ha generalizado a nivel mundial la existencia de leyes de transparencia y acceso a la información. Los países —política, social y económicamente más desarrollados— actuaron como pioneros, pero en la actualidad, países de todos los continentes se han sumado a este movimiento con leyes en muchos casos más completas y actualizadas debido precisamente a su fecha de aprobación. Mientras que en los países pioneros la inmensa mayoría de las leyes originales se han ido modificando, muy en especial para adaptarse a nuevas realidades como la reutilización de la información pública y la aparición de las nuevas tecnologías de la información. A ello se une que el derecho de acceso a la información pública figura en buena parte de las nuevas Constituciones, o se ha incorporado en la reforma de algunas de las más antiguas, en las que, en otros casos, el derecho se ha enlazado a la libertad de información.¹²

El listado y su orden cronológico muestran a las claras cómo el reconocimiento y desarrollo legal del derecho de

Transparencia y acceso a la información en derecho europeo, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, y la bibliografía allí citada.

11 Junto al llamado *Belfast Good Friday Agreement*, para ambas Irlandas, de 1999. Estos datos en Fringe Special – Roger Vleugers – Overview of all FOIA laws, 20 de septiembre de 2010, en: <http://www.statewatch.org/news/2010/sep/foia-fringe-special-overview-sep-20-2010.pdf>, revisados y completados.

12 Véanse, entre otros, Ackerman, J. y Sandoval, I., “The Global Explosion of Freedom of Information Laws”, *Administrative Law Review*, 2005, pp. 85-130; Banisar, D., “Freedom of Information around the World 2006: A Global Survey of Access to Government Records Laws”, 2006, <http://freedominfo.org/countries/index.htm>; Cendejas Jáuregui, M., “Evolución histórica del derecho a la información”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 10, 2007, pp. 57-84, Florini, A. (ed.), *The Right to Know: Transparency for an Open World*, Nueva York, Columbia University Press, 2007; Mendel, T., *Freedom of Information: a Comparative Legal Survey*, UNESCO, 2003; “Consideraciones sobre el estado de las cosas a nivel mundial en materia de acceso a la información”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 8, 2006, pp. 3-15; Villanueva, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, México, Porrúa-UNAM, 2006.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

acceso a la información pública está en directa relación con el nivel de democracia de los países. A ello es excepcional la tardía apuesta por este género de leyes por grandes potencias europeas como el Reino Unido, Alemania y Suiza, habiéndose incorporado los países una vez alcanzado un relativo nivel de consolidación del sistema de democracia representativa. Los últimos en incorporarse a la zaga son países difíciles de clasificar en términos democráticos como China, Irán o Rusia. Faltan aún por incorporarse naciones de importancia menor en el escenario geopolítico internacional o donde el sistema político no es exactamente el democrático occidental, como Venezuela o Cuba. La expansión de este género de normas en los últimos años ha ido, en definitiva, asociada a la generalización de la democracia representativa.

No obstante, la realidad demuestra que no existe una equivalencia entre democracia y reconocimiento explícito y regulación progresista del derecho de acceso a la información —el caso español podría ser ilustrativo—. En la mayoría de las ocasiones, ha debido concurrir una labor activa de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción de la transparencia; de las asociaciones de periodistas y de los medios de comunicación y, en un grado difícil de discernir, de la doctrina académica. Ni siquiera esos factores han sido siempre suficientes, pues se ha necesitado un impulso político nacido en contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental. Es el caso de Estados Unidos y la “reactivación” de la Ley tras la crisis del *Watergate*, o de la Unión Europea y la aprobación del Reglamento 1049/2001 como respuestas a una opinión pública especialmente crítica en relación con el oscurantismo, la corrupción y el déficit democrático de las instituciones; o del nacimiento de nuevas democracias que tratan de distanciarse de anteriores regímenes —véase la cronología

EMILIO GUICHOT REINA

de su expansión en Latinoamérica, Europa del Este o el resto del mundo.

En definitiva, los análisis políticos y económicos muestran las virtudes de la transparencia como medio, entre otros, para una gestión más eficaz de la *res publica*. Esto se da creando una cultura administrativa de la gestión racional de la información, estimulando una gestión honesta y previniendo casos de corrupción, y círculos virtuosos de información y participación entre administradores y administrados.

Pese a esto, la historia muestra que en la mayoría de los países, a la transparencia “se llega” frente a una reticencia inicial del que ejerce el poder y de las burocracias a someter su gestión a los focos del debate público informado. En todo caso, el resultado final de este proceso y de esta conjunción de factores ha sido la aceptación generalizada de la necesidad y la conveniencia de aprobar normas que garanticen y regulen el acceso a la información pública. Y, de este modo, el derecho de acceder a la información pública es una conquista que sólo se ha globalizado como consecuencia de la cuasi generalización del sistema de democracia representativa y de la lucha por una profundización en los mecanismos de participación ciudadana y control democrático.

Tanto en Europa como en América se ha alcanzado un consenso jurídico acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública. Esto con la correspondiente vinculación al legislador y el sometimiento de las injerencias en el mismo a los mecanismos de tutela judicial, regionales y estatales, propios de estos derechos.¹³ Y ello, en unos casos, como integrante de la libertad de información, en aquellas Constituciones y siste-

¹³ Una reflexión general sobre la naturaleza y alcance del derecho a la información en Mendel, T., “Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 1, 2003, pp. 41-74 y en Cendejas Járegui, M., “El derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 15, 2010, pp. 3-47.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

mas de derechos fundamentales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en otros casos, los más modernos o recientemente reformados, como un derecho autónomo.¹⁴

14 Al reconocimiento como integrante de la libertad de información se ha llegado tras una evolución en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos del sistema del Consejo de Europa (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 14 de abril de 2009, asunto *Társaság a Szabadságjogokért*, y del 16 de agosto de 2009, asunto *Kennedy*, interpretando el artículo 10 del Convenio) y de la Organización de Estados Americanos (sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 19 de septiembre de 2006, en el caso *Claude Reyes* y otros contra Chile, interpretando el artículo 13 de la Convención), y en esta idea se basa el propio Convenio 205 del Consejo de Europa que toma en consideración el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el derecho de los Estados europeos es mayoritario el reconocimiento constitucional explícito del derecho de acceso a la información pública como derecho autónomo. En el examen de Kranenborg, H. y Voermans, W., *Access to Information in the European Union. A comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005, p. 11. Catorce de los 24 países (entonces) de la Unión con Constitución lo han incluido en ellas (Austria, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa y Suecia). En los Estados americanos, mientras que en las Constituciones canadiense o estadounidense se discute si puede extraerse de la libertad de información, a falta de un reconocimiento autónomo en los Estados latinoamericanos con Constituciones o reformas constitucionales reciente, la acogida del derecho de acceso como derecho fundamental autónomo es mayoritaria. Entre los derechos estatales americanos, la Constitución mexicana tras su reforma de 2007, contiene la regulación más extensa, que exige mínimos estándares constitucionales de transparencia a todos los niveles de gobierno. Conforme a la nueva redacción añadida al artículo 6o. de la Constitución mexicana: "Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos. IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u or-

EMILIO GUICHOT REINA

La culminación de esta expansión la constituye su desarrollo normativo a escala regional. A nivel europeo, el 18 de junio de 2009 se abrió a la firma el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (en adelante, Convenio 205). Al 31 de diciembre de 2010 ha sido firmado por 13 Estados, y ratificado por tres de ellos, por lo que, cuando lo ratifiquen por sus respectivos procedimientos nacionales siete más de entre los firmantes, entrará en vigor.¹⁵ En América, el documento de referencia es la llamada Ley Modelo Interamericana sobre Derecho de Acceso a la Información (en adelante, Ley Modelo), aprobada en 2010 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA).¹⁶

A continuación, ofrecemos las conclusiones que se destilan de un estudio comparado de las normativas europeas y americanas, teniendo en cuenta que el resto de la normativa mundial bebe de estas fuentes. Como veremos, las normas sobre transparencia y acceso a la información, con sus lógicas e insoslayables discrepancias de detalle, responden a cuestiones comunes y acogen soluciones y, en gran medida, técnicas también comunes. Una serie de

ganismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos. VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”.

¹⁵ Hasta entonces, el documento más importante lo constituía la Recomendación del Comité de Ministros del 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial, carente de efecto vinculante y que ha inspirado en gran medida el Convenio.

¹⁶ Dicha Ley se basa en los esfuerzos anteriores que la OEA ha realizado para promover el derecho de acceso a la información, incluyendo el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, el documento conjunto “Recomendaciones sobre Acceso a la Información”, así como los principios sobre acceso a la información, aprobados por el Comité Jurídico Interamericano.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

cuestiones afloran en cualquier aproximación al derecho de acceso a la información, y deben ser abordadas en cualquier proyecto que pretenda regular la materia como son su objeto, titularidad, sujetos obligados, límites, procedimiento, garantías, mecanismos destinados a garantizar la efectividad del derecho y, finalmente, obligaciones de publicidad activa.

2. El objeto del derecho: información oficial elaborada o recibida por las autoridades públicas

Las principales decisiones que se plantean las normas sobre acceso a la información en relación con el objeto del derecho son las siguientes: si el derecho se refiere a la información o a los documentos y cómo juega en ambos casos el acceso a la información contenida en bases de datos; si el derecho comprende el acceso a información o documentación preparatorios e internos; y si se refiere a toda información o documentación que obre en poder de la autoridad a la que se solicita, o sólo a la de su autoría.

La distinción entre información y documentación tiene mucho de artificial. La solución mayoritaria consiste en anclar el derecho al concepto de “documentos” efectivamente existentes, si bien entendiendo por tal todo contenido, cualquiera que sea su soporte. La sociedad informatizada ha obligado a ampliar el concepto en la mayor parte de las normativas, o en su interpretación, para incluir la información obrante en bases de datos (y no materializada, para cada dato o cruce de datos, en un documento singular), siempre que pueda ser obtenida con los propios recursos del sistema. Se apoya en este concepto omnicompreensivo de documento el Convenio 205.¹⁷

17 Artículo 1.2.b). La Memoria Explicativa que acompaña al Convenio aclara que “(w)hile it is usually easy to define the notion concerning paper documents, it is more difficult to define what is a document when the information is stored electronically in data bases. Parties to the Convention must have a margin of

EMILIO GUICHOT REINA

En la Ley Modelo se definen tanto el concepto de “documento”, circunscrito a las informaciones escritas, como el de “información”, que incluye cualquier tipo de dato en custodia o control de una autoridad pública. La Ley parece pivotar sobre el concepto de “información”, es así que se define el derecho a “solicitar información”, las clases de “Información Clave” y los “Registros Activos de Información” y se crean los “Oficiales de Información” y la “Comisión de Información”.¹⁸

appreciation in deciding how this notion can be defined. In some Parties to the Convention access will be given to specific information as specified by the applicant if this information is easily retrievable by existing means. In some Parties, compilations in data bases of information that logically belong together are seen as a document”. También encontramos esta definición amplia de documento en el artículo 3.a) del Reglamento 1049/2001, en la Unión Europea. Es asimismo la solución mayoritaria en los derechos estatales europeos. En el derecho comunitario, la STJ del 6 de diciembre de 2001, Consejo contra *Heidi Hautala*, asunto C-353/99 P, Rec. 2001, p. I-9565, recalca que del contexto en el que surgió la normativa sobre acceso se deduce que no se refiere los “documentos” como tales, sino al acceso a los elementos de información contenidos en ellos, lo que explica que en ocasiones hayan de redactarse documentos diferentes para conceder el acceso parcial.

¹⁸ La legislación de los Estados americanos se apoya mayoritariamente en el concepto de “documento”. La Ley canadiense acoge un concepto amplio de documento, que incluye cualquier soporte, así como los documentos no existentes en cuanto tales pero que pueden elaborarse a partir de un documento informatizado y contempla entre sus excepciones la relativa a las actividades de gobierno preparatorias de decisiones, hasta en tanto no se hayan adoptado. La Ley estadounidense se apoya en el concepto documento (*record*) y prevé una excepción relativa a los documentos o la información compilada con la finalidad de *law enforcement* hasta la adopción de la decisión en cuestión. La ley mexicana define de la manera más amplia “documentos”, que pueden estar en cualquier medio, incluido el electrónico o informático, así como “información”, que se define como “la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título” y contempla entre las excepciones (denominadas “información reservada”) “la que contenga opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada”, Mendel, T., *El derecho a la información en América Latina*, UNESCO, 2009, EC/2008/CJ/PI/13, <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183273s.pdf>, pp. 174 y 175, concluye que todas las normas latinoamericanas, excepto la colombiana, definen “documento” o “información” de un modo amplio, y se refieren a

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

El tema más debatido actualmente es si debe prevalecer la decisión política sobre el grado idóneo de transparencia, de modo que la propia aplicación debería adaptarse, de ser necesario, cuando la reiteración de solicitudes de acceso vengan a poner de manifiesto el interés público en conocer determinado tipo de información no extraíble con las herramientas existentes del sistema.¹⁹ Es un caso claro de debate sobre si el *code* debe condicionar el alcance del derecho, o si por el contrario debe adaptarse a las exigencias de éste, por utilizar la imagen de L. Lessig.²⁰

Los derechos europeos y americanos requieren por lo general que se trate de documentos oficiales, esto es, relacionados con la actividad pública, lo que se recoge expresamente en el Convenio 205.²¹ Ya dentro de esta ca-

cualquier información (México, República Dominicana y Guatemala exigen que tenga conexión con las funciones públicas) aquella que en poder de una entidad pública, definida de forma abstracta en todos ellos, y no mediante el sistema de lista (salvo en Uruguay, donde no hay definición alguna).

¹⁹ Así, por ejemplo, en el derecho comunitario, la práctica ha consistido en considerar documento cualquier informe extraído de estos sistemas, que corresponda a su explotación normal. La propuesta de reforma del Reglamento 1049/2001, actualmente en curso, aclara que el derecho abarca el acceso a documentos que pueden confeccionarse a partir de bases de datos (e incluyen en el caso del Parlamento, de forma expresa, el “dato o contenido” en la propia definición de “documento”). La cuestión ahora radica en determinar hasta dónde llega el derecho: si a la información que pueda extraerse de la base de dato utilizando cualquier herramienta efectivamente disponible para la explotación del sistema (propuesta de la Comisión) o si dichas herramientas deben de hecho existir con una amplitud suficiente para atender a los posibles solicitudes de información (propuesta del Parlamento).

²⁰ *Code and other Laws of Cyberspace*, Nueva York, Basic Books, 1999 (*El código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid, Santillana, 2001) y *Code version 2.0*, Basic Books, Nueva York, 2006 (*Código 2.0. Traficantes de sueños*, Madrid, 2009).

²¹ La Memoria Explicativa del Convenio 205 del Consejo de Europa subraya la necesidad de distinguir entre los documentos recibidos por las autoridades públicas en el marco de sus funciones de los que reciben como personas privadas y no tienen relación con sus funciones, y que no entran en la definición de documento público. El artículo 1.3 del Reglamento 1049/2001 exige que se trate de documentos elaborados o recibidos y que estén en posesión de la institución en cuestión, referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones

EMILIO GUICHOT REINA

tegoría, la tendencia generalizada es a la exclusión de los documentos meramente auxiliares, instrumentales, inacabados o con carácter de borrador —que no los informes, dictámenes, auditorías— y a la inclusión de los internos, compatibilizándolo en este caso con la exclusión temporal del acceso hasta que la decisión a la que se refieren haya sido adoptada, como forma de protección del buen desarrollo del proceso de toma de decisiones libre de interferencias y la existencia de un “espacio para pensar”.²²

que sean de su competencia, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea. 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. El Reglamento no contiene criterios relativos al grado de oficialidad de los documentos, y los mensajes informales son por tanto documentos al igual que los actos oficiales. La reforma propuesta por la Comisión pretende, sin embargo, excluir los documentos “informales”, al añadir el requisito de que el documento haya sido “elaborado por una institución y transmitido formalmente a uno o más destinatarios, o bien registrado o recibido de otro modo por una institución”. El cambio sería de gran calado, ya que dejaría una enorme discrecionalidad en manos de las Instituciones al excluir del conocimiento público todos los documentos que no han sido objeto de transmisión formal ni registrados (entre ellos, por ejemplo, los correos electrónicos, en los que parece estar pensando). No es de extrañar que el Defensor del Pueblo, en su comparecencia en la audiencia pública en el Parlamento, y una serie de organizaciones no gubernamentales y expertos en una carta abierta a los parlamentarios, se hayan opuesto firmemente a esta propuesta.

22 Conforme al análisis de la Comisión hay dos modelos: unos Estados excluyen los documentos internos y preparatorios del ámbito de la ley, con diferentes redacciones y por ende alcance, mientras que otros Estados los incluyen en el ámbito objetivo del derecho, si bien lo compatibilizan con el reconocimiento de excepciones que pueden tener juego en estos casos, básicamente las destinadas a preservar la eficacia del proceso de toma de decisiones. En el primer modelo, unos derechos excluyen de la aplicación de la normativa los documentos que no han alcanzado su estado definitivo de elaboración (Suiza), o conceden el acceso sólo en el momento en que un acceso prematuro pudiera obstruir el éxito de la reglamentación o de la adopción de medidas de aplicación (Alemania), una vez que se ha alcanzado la redacción oficial o se ha adoptado la decisión final (Estonia, Francia, Islandia, Liechtenstein, Portugal, Eslovenia, Suecia, España), o después de un periodo de tiempo predeterminado (Bulgaria, Hungría, Portugal, Finlandia; en este último no se aplica a los documentos privados o internos —notas internas, borradores de informes—, pero sí a los relacionados con negociaciones o acuerdos entre agentes cuando contienen información susceptible de ser archivada. En el segundo modelo, las

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

Finalmente, el derecho de acceso se refiere mayoritariamente a los documentos en poder de la autoridad pública, hayan sido o no elaborados por ellas. La opción mayoritaria en este segundo caso es la que apunta a la consulta del autor, sin que su valoración sea vinculante, de modo que la decisión de conceder o no el acceso se mantiene radicada en la autoridad que posee la información.²³

excepciones invocadas son diversas, como la destinada a proteger el secreto de las deliberaciones durante la tramitación interna de un expediente (Noruega), la referida a los documentos que contengan opiniones personales (Bélgica, Bulgaria, Países Bajos, Eslovaquia), la referida a materias o decisiones que pueden cambiar (Islandia), las que pueden comprometer las negociaciones en curso (Bulgaria, Irlanda), o la “gestión eficaz de los asuntos públicos” (*effective conduct of public affairs*) y otra a la “formulación de políticas gubernamentales” (*formulation of government policy*, Reino Unido) o al proceso de toma de decisiones gubernamental (Irlanda, Bélgica, Grecia). (Estudio comparado de la regulación del derecho de acceso a la información en los Estados miembros, de 9 de octubre de 2000, www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/acc_doc/index_fr.htm#, y *Comparative Analysis of the Member States' and candidate countries' legislation concerning access to documents*, 1 de julio de 2003, SG/616/03, Directorate B).

²³ En el derecho de los Estados europeos se incluye la documentación en poder de las autoridades públicas, sea originada o recibida por las mismas (un caso singular es el de Grecia, que distingue entre documentos originarios de la administración y documentos privados, exigiéndose para el acceso a estos últimos un interés legítimo). La cuestión de si, en los casos de documentos originarios de terceros, ha de consultárseles ante una solicitud de acceso o si hay que respetar la clasificación que dicho tercero haya podido dar al documento recibe soluciones diversas, pero mayoritariamente se mantiene la capacidad de decisión de la autoridad en cuyo poder se encuentra el documento. Esta divergencia de enfoques se ha trasladado al derecho comunitario, cuyo Reglamento 1049/2001 acoge una redacción ambigua. Dispone en sus artículos 1.3 y 1.6 que el derecho abarca 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. Conforme al artículo 4.4, cuando la institución no sea la autora del documento, consultará a los terceros 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. Adicionalmente, artículo 4.5 dispuso una norma especial en el caso de que el tercero sea un Estado miembro, que podrá solicitar a la institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado. La interpretación de la posición especial de los Estados, con su posibilidad de solicitar la no divulgación, ha originado una jurisprudencia abundante,

EMILIO GUICHOT REINA

3. La titularidad del derecho: la universalización del sujeto

Una regulación sobre acceso a la información debe adoptar dos decisiones fundamentales en relación con la titularidad del derecho: si se requiere o no la acreditación de un interés especial en el asunto, y si el derecho está asociado a la nacionalidad o residencia o se universaliza. Puede hablarse de una tendencia marcada a la no exigencia de acreditar interés o consignar interés alguno —lo

compleja, no lineal y controvertida, cuyo pronunciamiento estrella es la STJ del 18 de diciembre de 2007, Suecia (apoyada por Países Bajos, Dinamarca y Finlandia) contra Comisión (apoyada por el Reino Unido y España), asunto C-64/05 P, Rec. 2007, p. I-11389 (en el asunto *IFAW Internationales Tierschutz-Fonds gGmbH*), que parece permitir a los Estados prohibir la difusión si aprecian, motivadamente, la concurrencia de una excepción de las previstas en la normativa comunitaria. Si bien su decisión puede ser controlada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo cierto es que como puso de relieve el abogado general Maduro, hay una duda interpretativa razonable derivada de la falta de univocidad del término “solicitar”. De los reglamentos internos de las instituciones no se deriva el entendimiento del precepto como un derecho de veto, y la doctrina se encuentra dividida en su interpretación del precepto. La causa radica en que la fórmula adoptada por el Reglamento 1049/2001 constituyó un “equivoco constructivo” que permitió su adopción por el legislador comunitario ante la diversidad de posiciones entre los Estados y las instituciones. No es de extrañar, pues, que éste sea uno de los puntos discutidos en el actual proceso de reforma en curso. En su propuesta de reforma, la Comisión ha previsto el procedimiento que debe seguirse para solicitar el acceso a documentos procedentes de un Estado miembro “distintos de los documentos transmitidos en el marco de los procedimientos de adopción de actos legislativos o no legislativos de carácter general”. Se deberá consultar al Estado miembro, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los documentos. El Estado puede aducir razones para no divulgar los documentos solicitados, tomando como base el Reglamento (CE) 1049/2001 o *normas específicas o similares aplicables de su legislación nacional*. En el primer caso, si se aducen razones basadas en el Reglamento 1049/2001, las instituciones tienen la última palabra. En el segundo, si se basan en la legislación nacional, la institución debe denegar en todo caso el acceso. Esta solución se presenta como la normativización de la doctrina jurisprudencial sentada en el asunto *IFAW*. No obstante, como acabamos de notar, la Sentencia del TJ limita las excepciones invocables a las establecidas en el Reglamento 1049/2001, sin ampliarlas a las contempladas en las diferentes legislaciones nacionales, como también ha destacado el Defensor del Pueblo Europeo.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

que refleja el fundamento del derecho como medio de fomentar la participación ciudadana y el control del poder público, y no como instrumento para la tutela de derechos o intereses individuales y a su universalización, que llevan incluso a la admisión en no pocas normas de las solicitudes anónimas—. En realidad, ambas características son realidades inescindibles.

En efecto, la no exigencia de motivación entronca con la propia naturaleza del derecho y de la idea de transparencia y control democrático, y ello priva de sentido a un requisito de nacionalidad o residencia que puede —donde se exige— orillarse sin esfuerzo alguno, y virtualmente ficticio en los casos de publicidad activa. Ciertamente, de esta forma, se llega a una cierta contradicción entre la determinación de la titularidad del derecho, universal, y los fundamentos políticos del derecho arraigados en los diferentes sistemas jurídicos en la idea de conocimiento, participación y control por parte de los ciudadanos en relación con la gestión de los asuntos públicos que les conciernen como partícipes de una entidad política en la que se integran. Otra tendencia constatada es la variedad de los solicitantes de información, aunque mayoritariamente las solicitudes provienen de actores “cualificados”, la llamada “sociedad civil”, incluyendo académicos, representantes de intereses empresariales, despachos de abogados, asociaciones y organizaciones no gubernamentales, así como periodistas de investigación, y no de la mera curiosidad del ciudadano de a pie.²⁴

En esta línea, el Convenio 205 reconoce el derecho, con independencia de acreditar interés alguno a toda per-

24 Sobre el uso de las leyes de transparencia y acceso a la información por los periodistas, es interesante el estudio del caso británico realizado por Holsen, S., “Journalists’ Use of the UK Freedom of Information Act”, *Open Government: a Journal on Freedom of Information*, vol. 3, 2007, pp. 1-16, que señala el periodismo de investigación histórica, estadística o sobre ejecución de políticas como el mayor beneficiado.

EMILIO GUICHOT REINA

sona, sin discriminación alguna, tanto a las personas físicas como jurídicas, sin discriminación alguna, incluido por el origen nacional, e incluso a los extranjeros que viven en el exterior.²⁵

La Ley Modelo, asimismo, otorga el derecho a toda persona sin tener que justificar las razones por las que se solicita la información.²⁶

²⁵ La gran mayoría de los Estados europeos optan por esta misma solución incluyen, asimismo, a todas las personas, físicas y jurídicas, incluidos los extranjeros, residan o no en territorio nacional, sin necesidad de acreditar interés alguno. Sólo Italia (al menos formalmente) y Liechtenstein lo exigen en su norma reguladora, y Grecia para los documentos privados. En el derecho comunitario, el Tratado, en la Carta —que incluye además el derecho de acceso entre los derechos de ciudadanía— y el Reglamento reconocen el derecho a todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro; 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 hacerlo con las condiciones y límites generales contemplados en el Reglamento. Ahora bien, lo cierto es que haciendo uso de esta posibilidad, los reglamentos internos de la Comisión (artículo 1 del Anexo I) y del Consejo (artículo 1 del Anexo II) extendieron también a ellos el derecho de acceso, y el Parlamento “en la medida de lo posible” (artículo 104, aunque en la práctica ha admitido siempre todas las solicitudes). La Comisión propugna en su propuesta de reforma la legitimación universal, lo que ha recibido el aplauso de las organizaciones no gubernamentales y expertos, del Defensor del Pueblo Europeo y del Parlamento, que pugna, además, por extenderlo a la “asociación de personas físicas o jurídicas”. Por lo demás, la solicitud de acceso no se condiciona a la acreditación de interés específico alguno.

²⁶ Es también la opción ampliamente mayoritaria en los derechos de los Estados americanos. En Canadá el derecho se otorga a los ciudadanos y a las personas con residencia permanente, pero es extensible por decreto. En Estados Unidos el derecho se reconoce a cualquier persona, con exclusión de las propias agencias federales. La ley mexicana otorga el derecho a toda persona. En ninguno de estos países se exige la motivación de la solicitud. Mendel, T., *El derecho a la información en América Latina*, cit., p. 176, concluye que en la mayor parte de leyes de América Latina el derecho se reconoce a cualquier persona, con independencia de su nacionalidad, si bien algunos países, como Honduras, lo restringen a ciudadanos o residentes.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

4. Los sujetos obligados: la tendencia hacia todos los sujetos que ejercen funciones públicas

En todos los sistemas jurídicos democráticos existen normas reguladoras de la publicidad de las actuaciones de todos los poderes públicos, que entroncan con principios constitucionales. Lo que plantea más discrepancias es precisamente si el derecho de acceso a la información, regulado en las leyes de transparencia y acceso, es de aplicación a todos ellos o tan sólo al Poder Ejecutivo, y si puede ser de aplicación a sujetos privados en los que concurren determinadas características. No existe un consenso acerca del ámbito de obligados por las normas sobre acceso.

Tradicionalmente, el derecho se ha limitado a la información, han dejado fuera de su ámbito de aplicación a los poderes del Estado distintos del Ejecutivo, regulándose la publicidad de sus actuaciones por normas específicas. No obstante, leyes más recientes comienzan a incluir también la información en poder de los mismos, al menos en lo que hace al régimen sustantivo, al margen de las especialidades procedimentales. Junto al Poder Ejecutivo se incluyen en un número considerable de normas, y con distintas formulaciones, a sujetos privados que ejercen funciones propias del mismo, como son las potestades administrativas o el desempeño de servicios públicos, o bien se financien mayoritariamente con fondos públicos. Son minoritarios los derechos que incluyen entre los sujetos obligados a otros actores de la vida pública como partidos políticos o sindicatos.

Siguiendo estos principios comunes, el Convenio 205 extiende su ámbito subjetivo de aplicación en su artículo 1.2.a) a las autoridades administrativas, incluidos los gobiernos, a los órganos legislativos y judiciales en la medida en que llevan a cabo funciones administrativas, y a las personas físicas o jurídicas privadas en la medida

EMILIO GUICHOT REINA

en que ejercen autoridad administrativa. Añade que para mejorar la transparencia, los Estados parte pueden ampliar el campo de aplicación por medio de una declaración en el momento de la firma del Convenio, para incluir plenamente a los poderes Legislativo y Judicial o a las personas privadas físicas y jurídicas en la medida en que ejerzan funciones públicas o funcionen gracias a fondos públicos.²⁷

La Ley Modelo se aplica a todos los poderes del Estado y en todos los niveles territoriales, así como a las entidades dependientes de ellos, y a las organizaciones priva-

27 En el derecho de los Estados europeos, las normas sobre derecho de acceso divergen en este punto. Si bien la solución mayoritaria limita la aplicación de las leyes sobre acceso a la información al Poder Ejecutivo, y no se extienden al Poder Judicial ni al legislativo, salvo en el ejercicio de funciones materialmente administrativas. En estos casos, son sus normas reguladoras específicas las que prevén las formas de publicidad de sus actuaciones. Entre los que lo limitan al Poder Ejecutivo y a sujetos privados que ejercen funciones propias del mismo, en unos casos los constriñen a antes de derecho público (Grecia), y en otros, la opción mayoritaria, incluyen a sujetos privados que ejercen funciones administrativas (Alemania, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Suecia o Suiza) o financiados con fondos públicos (República Checa y Estonia; en Dinamarca, su aplicación a los sujetos que reciben fondos públicos depende del Ministerio financiador en cuestión), e incluso, en algunos casos, a los partidos políticos (Lituania, Polonia), sindicatos (Lituania), bancos (Finlandia) u organizaciones no gubernamentales que reciben apoyo del Estado (Estonia). Una minoría de Estados han optado por un sistema de lista, susceptible de ampliación, que incluyen entes del Poder Ejecutivo o con él relacionados (Irlanda, Eslovenia, Reino Unido). En el Reino Unido se incluye el Parlamento, aunque existe una excepción relacionada con el secreto de los llamados *parliamentary privileges*, y en Finlandia los tribunales. En Suecia y Hungría se aplica a todos los poderes públicos. En el derecho comunitario, el art. 15 TFUE, que extendió el ámbito subjetivo a los documentos "de las instituciones, órganos y organismos de la Unión" y precisó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo están obligados cuando ejerzan funciones administrativas. La actual reforma del Reglamento 1049/2001 plantea incorporar esta definición a su articulado.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

das que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales o que desempeñan funciones o servicios públicos.²⁸

Quedan pues excluidos los sujetos privados que ejercen actividades muy relevantes para la vida social pero que no tienen esta consideración. Así ocurre con sectores claves, como los llamados servicios económicos de interés general, que fueron en la mayoría de los casos servicios públicos antes de las privatizaciones. Éstos estaban sometidos por su propia normativa a obligaciones de información para con el público en general o para con la autoridad de control. De ésta puede obtenerse información relevante siempre que no concurren excepciones como las relacionadas con la protección de intereses económicos privados o el secreto comercial e industrial, destacadamente. En todo caso, no es difícil pronosticar el incremento de demanda social de información relacionada con estas actividades, y menos en un contexto en el que la opacidad ha generado algunos conocidos supuestos de gran trascendencia social y económica.²⁹

28 En los Estados americanos pueden encontrarse soluciones diversas, si bien en las nuevas leyes de América Latina se aplica mayoritariamente a todos los poderes públicos. En efecto, en Canadá y Estados Unidos se aplica sólo al ejecutivo. La ley mexicana, sin embargo, se aplica a todos los poderes públicos y órganos constitucionales autónomos y cualquier otra entidad federal, si bien el procedimiento y las obligaciones detalladas de publicidad activa en ellas diseñadas sólo son de aplicación al Poder Ejecutivo. Además, la propia Constitución mexicana refiere el derecho, como vimos, a todos ellos. Chile ha seguido este modelo, que permite salvar el escollo constitucional para regular por ley general esta materia basado en la autonomía de los poderes y la necesidad de regulación específica en instrumentos *ad hoc* existentes en ambos países. Mendel, T., *El derecho a la información en América Latina*, cit., pp. 175 y 176, indica que la inclusión mayoritaria (con excepciones, como Colombia, que tiene la ley más antigua) de todos los poderes públicos en América Latina hace que esta área sea una en que la región es particularmente progresista, y pone de relieve que hay soluciones diversas respecto de las empresas públicas o las entidades privadas que ejercen funciones públicas o reciben fondos públicos.

29 Sobre el tema, Siraj, M., "Exclusion of Private Sector from Freedom of Information Laws: Implications from a Human Rights Perspective", *Journal of Alternative Perspectives on Social Sciences*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 211-226. Defiende que si bien los derechos fundamentales han dejado de ser exigibles

EMILIO GUICHOT REINA

5. Las limitaciones al derecho: *numerus clausus* e interpretación restrictiva

Toda norma de acceso a la información contempla limitaciones al acceso. Ningún país del mundo permite el conocimiento público de todos y cada uno de los documentos en poder de sus autoridades. Es necesario tutelar otros intereses públicos y privados que se verían de lo contrario menoscabados.

La lógica, propia de todo sistema jurídico, es la de la previsión expresa de dichos límites y la ponderación. En este sentido, se busca maximizar el alcance de los bienes implicados, cuando es posible, incluyendo técnicas como el acceso parcial o la limitación temporal de la aplicación de las excepciones. A partir de estos principios generales, los derechos dan distintas respuestas a las cuestiones básicas acerca de cuáles serán en concreto los límites al principio de transparencia; si son imperativas (“denegarán”) o discrecionales (“podrán denegar”), absolutas (“en todo caso”, siempre imperativas) o relativas (imperativas o discrecionales, a partir de tres géneros de cláusulas de relatividad: el perjuicio —puede ser una posibilidad o una certeza, o bien, exigirse gravedad—, la ponderación y la exigencia de autorización —por ejemplo, cuando contienen

sólo frente al poder público para extenderse a sujetos privados son minoritarias las leyes de acceso a la información que los incluyen en su ámbito de aplicación, siendo así que, con el movimiento de privatización, desregulación y globalización económica, llevan a cabo funciones que antes desempeñaba el Estado (banca, telecomunicaciones, sanidad, educación superior). El autor reconoce que la extensión de las leyes de acceso a la información a dicho sector conlleva muchos aspectos complejos, como la necesidad de garantizar el secreto comercial; lo delicado de obligar a dar una información que puede comprometer la propia responsabilidad de la empresa en cuestión; el incremento de costes de recogida y provisión de información que supone para las empresas, y la necesidad de garantizar una información objetiva e inteligible. Una aproximación en el mismo sentido desde la doctrina en lengua española en Ibarra Palafox, F., “Poderes privados y transparencia”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 14, 2009, pp. 111-168.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

datos personales o cuando el autor del documento es un tercero, en algunos países—). Asimismo, establecen si los límites temporales han de ser o no cuantificados o se opta por una cláusula general según la cual las excepciones sólo se aplican durante el periodo en que lo exija el interés que protegen. La conclusión que puede extraerse que existe un alto grado de coincidencia respecto a la aproximación jurídica a los límites del derecho de acceso.

Como hemos señalado, toda norma de acceso a la información contempla excepciones y limitaciones al acceso. Dichos límites deben estar enunciados en la propia norma, sin que se admitan cláusulas abiertas. Se trata de intereses públicos (la defensa, las relaciones internacionales, la seguridad exterior e interior y la lucha contra el crimen, la economía y las finanzas públicas; la protección del medio ambiente; la tutela judicial y el correcto funcionamiento de la justicia; la efectividad de las actividades públicas de vigilancia y control; la existencia de un espacio libre de presiones e influencias en el proceso de toma de decisiones públicas) y privados (la vida privada, en especial en lo tocante a la salud y la seguridad de las personas; los intereses comerciales y económicos, incluidas la propiedad intelectual e industrial). Lo más común son las excepciones discrecionales y relativas, sobre todo respecto de los intereses públicos en colisión. Rigen por lo general los *test* del daño y de la ponderación entre el interés público en la transparencia y su conexión con el propio principio democrático y el interés —público o privado— que justifica la limitación.

En algunos casos, la posibilidad de ponderación no alcanza a las excepciones que protegen intereses privados, que son imperativas. No se toma en consideración el interés particular que pudiera tener el solicitante;³⁰ se trata,

30 En Estados Unidos es ya clásico el principio según el cual la apreciación del interés público contrapuesto a la privacidad ha de hacerse en términos obje-

EMILIO GUICHOT REINA

por el contrario, de un juicio abstracto y universal. Además, se prevén mecanismos de acceso parcial y de limitación temporal de las excepciones, sea a plazo fijo o hasta el momento en que dejan de estar justificadas, o mediante una combinación de ambas técnicas.

Conforme a estos principios generales, el Convenio 205 sólo admite limitaciones al derecho de acceso establecidos por ley, necesarias y proporcionadas por motivos enunciados de manera exhaustiva en el sistema de lista cerrada, a saber: la protección de la seguridad nacional;³¹ la defensa y las relaciones exteriores; la seguridad pública;³² la prevención, investigación y seguimiento de investigaciones criminales;³³ la instrucción de procedimientos disciplinarios; las tareas de vigilancia, inspección y control administrativo;³⁴ la vida privada y otros intereses privados legítimos;³⁵ los intereses comerciales y otros intereses

tivos, esto es, en función de la naturaleza de la información y su idoneidad para contribuir a la transparencia y control de la actuación administrativa, y no en función del concreto sujeto solicitante de información y la finalidad que persiga, perspectiva ésta que tiene como gran ventaja la de facilitar un criterio que permite también su aplicación a categorías abstractas de documentos. El *leading case* lo constituye la sentencia de 1989 dictada en el asunto *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press* [489 U.S. 749 (1989)].

31 Conforme a su Memoria Explicativa, la noción debe ser interpretada de forma estricta, de tal modo que no pueda utilizarse para proteger informaciones que pueden revelar violaciones de los derechos humanos, corrupción pública, errores administrativos o informaciones simplemente embarazosas para funcionarios o autoridades públicas.

32 La Memoria ejemplifica en divulgación de documentos relativos a sistemas de seguridad de inmuebles y comunicaciones.

33 La Memoria aclara que se trata de impedir la obstaculización de investigaciones, que los delincuentes se sustraigan a la justicia o destruyan pruebas.

34 La Memoria pone como ejemplos las investigaciones o auditorías internas o de otras organizaciones; controles fiscales, exámenes escolares y universitarios, inspecciones de la inspección de trabajo o de los servicios sociales, sean sanitarios o ambientales.

35 Por ejemplo, los antecedentes penales o los historiales clínicos. La Memoria aclara que se parte del principio de que los documentos que contienen datos personales también entran en el campo de aplicación de la normativa y

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

económicos, privados o públicos;³⁶ la política económica, monetaria y de tipos de cambio del Estado;³⁷ la igualdad de las partes ante los tribunales y el buen funcionamiento de la justicia;³⁸ el medioambiente;³⁹ las deliberaciones en el seno o entre autoridades públicas relativas al examen de un expediente⁴⁰ y, finalmente, pueden excluirse también las comunicaciones con la familia real y la Casa Real (los Estados pueden reducir esta exclusión o acotar los supuestos).

En todo caso, se atemperan estas exclusiones dado que no son automáticas, sino que sólo permiten excluir el acceso cuando haya un riesgo de afectación a estos intereses. La evaluación de riesgos puede llevarse a cabo caso por caso, o bien, de forma abstracta por el legislador, distinguiendo casos en los que el acceso se excluye incondicionalmente —que deben reducirse al mínimo— y otros donde hay que ponderar con el interés público en la

su comunicación no se ve impedida por la normativa sobre protección de datos; si bien una vez se acuerda la comunicación, el uso posterior queda sometido a dicha normativa.

³⁶ Según la Memoria, el objetivo principal de esta excepción radica en impedir atentados contra la competencia o las posiciones en las negociaciones; así, por ejemplo, el llamado “secreto de comercialización”, referido a la competencia o a los procedimientos de producción, las estrategias comerciales, las listas de clientes, etc., o bien la información que utilizan las autoridades públicas para preparar las negociaciones colectivas de las que forman parte o datos fiscales obtenidos de personas físicas o jurídicas.

³⁷ Como, de acuerdo con la Memoria, la información referida a variaciones de tipos de cambio o financieras de carácter sensible para el mercado.

³⁸ La Memoria se refiere a los documentos relativos a la propia defensa jurídica del Estado; no entran en esta excepción los documentos que no hayan sido elaborados en previsión de su uso ante una instancia judicial.

³⁹ Por ejemplo, como apunta la Memoria, la información sobre localización de especies animales y vegetales amenazadas, ya se encuentra en la normativa internacional, europea y estatal sobre acceso a la información ambiental.

⁴⁰ La Memoria explica que el término “expediente” —*dossier*— es lo suficientemente amplio para abarcar tanto los individuales como los relativos a procedimientos de toma de decisión política; se trata de compatibilizar la participación ciudadana en la toma de decisiones con la calidad del proceso de toma de decisiones, permitiendo un “espacio libre para pensar”.

EMILIO GUICHOT REINA

transparencia. Además, los Estados pueden limitar temporalmente la aplicación de dichas excepciones.⁴¹

41 Puede afirmarse que los derechos de los Estados europeos comparten el tronco común establecido en el Convenio. En efecto, hay un conjunto de excepciones generalizadas, con diferentes matices en la extensión, referidas a intereses públicos (seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, investigaciones criminales, actividades de control administrativo, política económica, monetaria y cambiaria, procedimientos judiciales, protección medioambiental, protección de la toma pública de decisiones) y privados (vida privada, integridad y salud, intereses comerciales e industriales, secreto profesional; estos últimos también pueden ser de titularidad pública). El estudio de Kranenborg y Woermans, *op. cit.*, pp. 15-17, apunta que hay tres tipos cláusulas de relatividad: el *test* del daño, el del balance de intereses y el de exigencia de aprobación. Además, algunos países como Dinamarca y Suecia utilizan un *test* de necesidad, según el cual sólo se denegará el acceso cuando el secreto sea esencial o necesario para la protección de ciertos intereses. El *test* del daño implica que el acceso se debe o puede denegar cuando la divulgación perjudicaría ciertos intereses. En unos casos, se dice “podría” (por ejemplo, República Checa), en otros se utiliza el condicional “perjudicaría” (por ejemplo, Hungría). En otros se exige que el perjuicio sea grave (Austria) o sustancial (Polonia), o razonablemente previsible (Irlanda). El balance de intereses implica que la autoridad pública tiene que ponderar el interés general de la transparencia y el interés protegido por la excepción, y sólo habrá de/podrá denegarse cuando el segundo prevalezca sobre el primero (por ejemplo, Bélgica, Grecia, Irlanda, Países Bajos). La exigencia de aprobación implica que el acceso sólo se concede cuando una persona, empresa u otra entidad aprueba explícitamente el acceso. Es común la previsión conforme a la cual ha de ponderarse la posibilidad de conceder el acceso parcial cuando concorra una excepción. En unos países se acoge un límite temporal máximo a las excepciones, mientras que otros se limitan al principio general conforme al cual las excepciones se aplican sólo mientras concurre la causa que las justifica. Así, por ejemplo, mientras que las leyes de Alemania, Reino Unido, Suiza, no recogen limitación temporal, en Francia o Portugal se distingue en función del tipo de excepción. La ley sueca no prevé un plazo temporal, sino sólo que, atendiendo a las circunstancias de un caso concreto y siempre que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal el Parlamento o el gobierno pueden hacer público un documento al que, en principio, se le aplicaría una excepción. En el derecho comunitario, el Reglamento 1049/2001 responde en lo sustantivo al tronco común de limitaciones así como los *tests* del daño y de la ponderación, la exigencia de apreciación caso por caso, la necesidad de contemplar el acceso parcial y el alcance temporal de las excepciones que están presentes en el Convenio 205 y en los derechos de los Estados europeos. Los artículos 255 TCE y 42 de la Carta remitieron a la normativa de desarrollo el establecimiento de las limitaciones o excepciones.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

El catálogo de excepciones de la Ley Modelo es exhaustivo distinguiéndose entre intereses privados (el derecho a la privacidad —parte, pues, de la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de la información que contiene datos íntimos—, incluida la privacidad relacionada con la vida, la salud o la seguridad; los intereses comerciales y económicos legítimos; las patentes, derechos de autor y secretos comerciales) e intereses públicos (seguridad pública; defensa nacional; la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre las autoridades públicas; la elaboración o desarrollo efectivo de políticas públicas, hasta tanto se hayan aprobado; las relaciones internacionales e intergubernamentales; la ejecución de la ley, prevención, investigación y persecución de delitos; la habilidad del Estado para manejar la economía; los legítimos intereses financieros de la autoridad pública; y los exámenes y auditorías, y procesos de examen y de auditoría, hasta que hayan concluido). Las excepciones son de apreciación restringida, y relativas, sometidas al *test* del riesgo de daño (claro, probable y específico de un daño significativo, en el caso de las públicas) y al de ponderación (sólo se deniega la información cuando “el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público en obtener acceso a la información”). Además, rige el límite absoluto según el cual las excepciones no deberán aplicarse en casos de graves violaciones de derechos humanos o de delitos contra la humanidad. Asimismo, se acoge el principio de divulgación parcial y de limitación en el tiempo de las excepciones —con carácter general, para las basadas en intereses públicos, en doce años, ampliables.⁴²

42 En los Estados americanos, puede decirse que las excepciones vienen sustancialmente a coincidir. Destaca el grado de detalle con el que están formuladas en la ley federal canadiense que no alude a materias o intereses *in integrum*, sino que los acota e incorpora todo un juego de matices y contraexcepciones, aumentando de este modo el grado de ponderación legislativa. Una regla excepcional es el previsto en la ley hondureña, conforme al cual el interés público general actúa como cláusula que legitima en todo caso una restricción

EMILIO GUICHOT REINA

Los secretos de Estado u oficiales suelen quedar regulados al margen de las leyes de acceso, sin que haya un único parámetro de engarce entre ambas normativas. La protección de la privacidad constituye una excepción al acceso, bien que relativa, ya que cede en el caso de información personal directamente relacionada con la organización, la gestión y el gasto públicos y fuera del círculo estricto de lo íntimo, regulándose bien en leyes *ad hoc*, bien conjuntamente el acceso a la información pública. En caso de prevalecer la publicidad, el uso posterior de los datos queda sometido a la normativa sobre protección de datos.⁴³

6. El procedimiento: antiformalismo, agilidad y gratuidad

El procedimiento diseñado tiene que ser simple, ágil y económicamente asequible para todos los ciudadanos, pues está en juego precisamente su participación efectiva en la vida democrática. Además, debe darse respuesta a

al acceso. Varios de ellos incluyen cualquier secreto en casos de violaciones de derechos humanos o crímenes contra la humanidad (así, la mexicana, y a partir de ella, la uruguaya, la guatemalteca o la peruana); mayoritariamente son discrecionales y relativas —aunque concurren todo tipo de combinaciones—, incluyendo los criterios del daño —en diversos grados y formulaciones— y la ponderación con el interés público general en el conocimiento de la información. No en todos se reconoce el principio de acceso parcial ni se establecen límites temporales absolutos. Sí, por ejemplo, dentro de Latinoamérica, en México, previéndose el acceso parcial y fijándose el límite temporal general en 12 años. Además, son numerosos los países que excluyen las solicitudes a información ya publicada, ofensiva o repetitiva.

⁴³ Véase, entre otros, Carpizo, J., “Vida privada y función pública”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, 2004, pp. 61-71; Hollrah, R., “La protección de la privacidad frente a la transparencia gubernamental”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 6, 2005, pp. 103-154; Mirón Reyes, J. A., “Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 8, 2006, pp. 45-52; Guichot, E., *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Madrid, Civitas, 2009.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

temas como el contenido de las decisiones sobre las solicitudes, las modalidades de acceso o el coste del ejercicio del derecho —que puede llegar a originar diversas tareas, como la búsqueda, revisión, reproducción y/o el envío.

En conclusión, la inmensa mayoría de las normas sobre derecho de acceso a la información responden en un alto grado a las características de simplicidad, agilidad y asequibilidad, con mínimas formalidades para la presentación de solicitudes. Éstas pueden hacerse por medios electrónicos, con previsión de mecanismos que permitan el traslado de las solicitudes a los órganos que poseen la información y sin exigir en casi ningún caso la expresión de motivación alguna.

Las solicitudes deben resolverse con prontitud, con plazos máximos que se sitúan mayoritariamente en una banda entre los 20 y 30 días, más inclinados hacia la primera. El silencio tiene un valor negativo, bien de forma expresa, bien porque tenga como único valor desplazar la decisión a la autoridad de control. Por lo general, los solicitantes pueden escoger la modalidad de acceso, siempre que sea razonable —en el caso de la copia, cuando los medios de reproducción estén disponibles—. Se acoge el principio según el cual el coste del acceso no puede ser disuasorio, siendo la regla la gratuidad del acceso en dependencias públicas y de pago exclusivo de los costes de reproducción cuando los hay.

Las mayores divergencias entre los derechos en materia procedimental residen en la existencia o no de un deber de asistencia por parte de las autoridades a las personas en la formulación de sus solicitudes o en la entrada o no en el procedimiento de los terceros afectados, y cuál sea el valor que, en su caso, haya de darle a su parecer —siendo en esto la tendencia mayoritaria el de no otorgar un derecho de veto—. Respecto de ambas cuestiones, los países del norte son, por lo general, más avanzados.

EMILIO GUICHOT REINA

En el ámbito regional europeo, el Convenio 205 lleva los requerimientos de agilidad a todas las fases de la tramitación de las solicitudes. Así, no es necesario que el solicitante aporte justificación alguna e incluso puede dársele la posibilidad de mantenerse en el anonimato salvo que la divulgación de su identidad sea esencial para tramitar la solicitud. Las formalidades exigibles a la solicitud han de limitarse a las mínimas indispensables para tramitarla. La autoridad debe ayudar al solicitante a identificar el documento público solicitado, en los límites que sean razonables. Por tanto, no hay obligación de identificación previa exacta del documento, sino de hacerlo con la suficiente precisión para que un funcionario formado lo localice.

Los Estados tienen un margen de apreciación para establecer la medida de la ayuda a prestar al solicitante, que es particularmente importante cuando se trata de discapacitados, analfabetos o extranjeros que no dominan la lengua. El órgano competente para la tramitación y resolución es la autoridad en cuya posesión se encuentra. Si lo tienen varios, es posible solicitarlo a cualquiera de ellas. Si no lo tiene o no está autorizado a tramitar la solicitud, debe orientar en la medida de lo posible la solicitud o al solicitante hacia la autoridad competente.

Las solicitudes se instruyen sobre la base de la igualdad, esto es, en orden de llegada, sin distinción por la naturaleza de la solicitud o el estatus del demandante. Se proclama la importancia de garantizar una respuesta rápida a las solicitudes.⁴⁴ La solicitud puede denegarse si, a pesar de la ayuda de la autoridad pública, sigue siendo demasiado vaga para permitir la identificación del docu-

44 La Memoria aclara que en muchos países se prevé un plazo máximo. En unos pocos con gran tradición de transparencia, la única regla es que deben tratarse inmediatamente. En muchos, una buena práctica consiste en informar al solicitante de todo retraso. En todo caso, debe quedar claro que un plazo máximo no debe fomentar la espera a su expiración.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

mento o si es manifiestamente irrazonable.⁴⁵ Las denegaciones totales o parciales han de ser motivadas por escrito. Cabe la ausencia de revelación sobre la existencia o no de información en los casos en que por ese sólo dato se afectaría uno de los bienes, intereses o derechos protegidos con las restricciones al derecho.

Concedido, en su caso, el acceso, el solicitante tiene derecho a elegir entre consultar el original o una copia, o a recibir una copia en la forma o formato disponibles a su elección, salvo que se trate de una preferencia irrazonable.⁴⁶

Si se limita el acceso a una parte de las informaciones, la autoridad pública debe comunicar el resto. Toda ocultación debe estar claramente precisada. No obstante, puede denegarse el acceso si la versión expurgada del documento solicitado es engañosa o carece de sentido, o si poner a disposición lo que queda del documento es una carga manifiestamente irrazonable para la autoridad. La autoridad puede dar acceso orientando al solicitante sobre fuentes alternativas fácilmente accesibles.⁴⁷ El acceso en las dependencias públicas debe ser gratuito, si bien los

45 Por ejemplo, como aclara la Memoria, si exige un esfuerzo de búsqueda o un examen desproporcionado, o si es manifiestamente abusiva, como las sistemáticas y en un número tal que puede impedir el trabajo de la administración, o las repetidas del mismo documento en lapsos cortos por el mismo solicitante.

46 Como especifica la Memoria, no es realizable o posible en casos como la copia cuando los equipos técnicos no están disponibles (para audio, video o electrónicos) o supone un incremento irrazonable de los costes o si puede atentar contra la propiedad intelectual según el derecho nacional; o la consulta del original si es frágil o se encuentra en mal estado. Para la consulta, deben proponer, en la medida de lo posible, horas razonables de apertura y locales adecuados. En muchos países, la buena práctica lleva a que cuando el solicitante recibe el documento y no puede comprender su contenido de forma elemental, las autoridades le ayudan en la medida de lo posible y de lo razonable. No implica una obligación de traducir los documentos o de dar informaciones técnicas o jurídicas en profundidad.

47 Por ejemplo, si está publicado en Internet, pero hay que analizarlo caso por caso, habida cuenta de la disparidad de medios y conocimientos de los posibles solicitantes, o incluso de capacidad financiera, en los casos de publicaciones costosas, como apunta la Memoria.

EMILIO GUICHOT REINA

Estados pueden fijar cantidades en el caso de los archivos y museos. La facilitación de copia puede someterse al pago de una cantidad a un precio razonable que no excede de los costes reales de reproducción y distribución. Las tarifas deben ser objeto de publicación. No excluye que se puedan hacer publicaciones con fines comerciales y ponerlas en el mercado a precios competitivos.

Puede decirse que estos principios resumen bien las tendencias mayoritarias en el derecho de los Estados europeos. En la mayor parte de los derechos las solicitudes pueden hacerse oralmente o por escrito, si bien algunos exigen esta última forma (Portugal, Bélgica, Reino Unido y, en relación con los documentos oficiales, Lituania). El análisis de la Comisión pone de manifiesto que en determinados países puede rechazarse una solicitud claramente irrazonable, como en Suecia, Suiza o el Reino Unido; Austria, cuando la información es accesible por otros medios; Bélgica y Francia, cuando la solicitud se refiere a un número excesivo de documentos y tiene por única finalidad la de perturbar el funcionamiento de la autoridad en cuestión; Bulgaria, cuando la misma información le ha sido facilitada al mismo solicitante en el periodo de seis meses inmediatamente anterior a la nueva solicitud; Croacia, cuando se exige un interés particular para acceder a determinada información y no se facilita; Hungría e Irlanda, cuando la solicitud es frívola o maliciosa. Se han añadido otras razones como la vaguedad de la información solicitada (Islandia), la intención vejatoria (Portugal y Austria), la no indicación de ninguna de las razones legalmente previstas para solicitar información (Estonia). Cuando una solicitud se deniega alegando su carácter irrazonable, la decisión es susceptible de recurso, mayoritariamente, ante un tribunal administrativo, pero en otros casos ante la autoridad de control del acceso a la información pública (*ombudsman*, comisionado de la información, comité de acceso a los documentos), a veces, previo recurso administrativo, como en el Reino Unido).

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

Hay discrepancias en cuanto a los datos que han de incorporarse a las solicitudes. Sólo Finlandia admite explícitamente una solicitud anónima. En la mayoría de los países ha sido posible exigir el pago de una cantidad que no exceda de los costes reales. Casi todas las naciones establecen un plazo límite para resolver las solicitudes, que varían desde los cinco días laborales (Estonia) hasta las ocho semanas (Austria), pero que de media oscila entre los 20 (como el Reino Unido o Suiza) y los 30 días (Francia, Italia, Alemania). En Suecia no se prevé plazo alguno, disponiéndose que la información se facilite en plazo más breve posible. Está muy extendida la previsión de la posibilidad, en casos justificados, de prolongación de este plazo por un periodo determinado (sólo Austria no fija un plazo límite para la misma). Además, casi la mitad de los derechos prevé junto a este plazo fijo máximo que la solicitud debe responderse tan pronto como sea posible. En Hungría se establece un plazo distinto para la respuesta denegatoria (ocho días) o para la estimatoria, incluyendo el acceso efectivo (15 días). También es común la previsión procedimental de los supuestos de solicitudes enviadas a una autoridad incompetente, con dos tendencias regulatorias: o se informa al solicitante del error y de la autoridad competente (por ejemplo, República Checa o Letonia) o se renvía de oficio la solicitud a la autoridad competente (Estonia, Países Bajos o Eslovaquia, por ejemplo), informando, por lo general, al solicitante. Cuando las solicitudes son incompletas o imprecisas, algunos derechos obligan a la autoridad pública a solicitar información o precisiones adicionales (por ejemplo, República Checa o Eslovaquia). Determinadas regulaciones nacionales precisan la obligación de asistencia de las autoridades públicas a los ciudadanos para el ejercicio de su derecho (Estonia o el Reino Unido, por ejemplo). El acceso a la información, por lo general, implica la posibilidad de consulta directa del documento, obtención del original o de una copia o extracto del

EMILIO GUICHOT REINA

documento, sometidas en algunos países al requisito de que la indemnidad del documento en cuestión (en Francia o Grecia). La mayor parte de los derechos no requieren que la información se transmita en una forma determinada. En el Reino Unido, la autoridad pública debe tomar en consideración la preferencia del solicitante, siempre que sea razonablemente atendible. En Polonia, debe facilitarse en la forma elegida por el solicitante, salvo dificultades técnicas insalvables. En Suecia, la autoridad sólo está obligada a transmitir información contenida en bases de datos mediante impresión. En general, las decisiones denegatorias deben transmitirse por escrito y algunos países establecen de forma expresa la obligación de motivación (por ejemplo, Francia, Italia, Eslovenia). En Letonia, debe además informarse de los recursos procedentes. También en este punto se ha unido a esta aproximación general un estudio detallado del procedimiento de acceso en diversos países. En diversos países (entre ellos, Italia, Alemania o Suiza) se establecen previsiones para dar entrada en el procedimiento a los terceros afectados presentando y notificándole la decisión final.⁴⁸

El procedimiento diseñado por la Ley Modelo también se caracteriza por su informalidad y agilidad, con libertad de medios para la solicitud, que es gratuita y que puede formularse de forma anónima, salvo cuando se refiera a información personal, y que sea la autoridad quien la recibe. De no estar en posesión de la información, debe redirigir a la que lo sea —en cuyo caso el plazo comienza a com-

48 Véase el examen de Kranenborg y Voermans, *op. cit.*, pp. 19-21. En la Unión Europea, el procedimiento diseñado por el Reglamento 1049/2001 se caracteriza por la falta de formalismo en las solicitudes y la agilidad en las respuestas, con un plazo de 15 días, ampliable en casos excepcionales, y silencio negativo. Frente a la denegación expresa o presunta, total o parcial, cabe plantear “solicitud confirmatoria”, que actúa como recurso administrativo. Concedido el acceso, el Reglamento prevé la mayor facilidad posible para su realización. 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.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

putar desde la recepción por la autoridad competente, con una ampliación máxima de diez días—. Se prevé la intervención de terceros interesados en plazos breves para hacer valer sus derechos, sin por ello otorgarles un derecho de veto. El plazo es de un máximo de 20 días hábiles, excepcionalmente prorrogable en los casos previstos, hasta el doble y sólo en casos verdaderamente excepcionales, habida cuenta el volumen de información involucrada. Los costes del acceso no deben superar el coste de reproducción, pudiendo optarse por cualquier modalidad y, en todo caso, por la consulta de los documentos originales.

Los derechos de los Estados americanos se adecuan en buena medida a estas reglas. En Canadá, la solicitud se presenta ante la institución que posee el documento. Debe estar redactada con la suficiente precisión para permitir a un funcionario experimentado encontrarlo sin problemas serios. El plazo para resolver es de 30 días, prorrogable si supone un obstáculo serio al funcionamiento de la institución por el gran número de documentos solicitado o por la amplitud de la búsqueda a efectuar; por las consultas necesarias que harían prácticamente imposible el cumplimiento del plazo o si tiene que intervenir un tercero. Se le comunica al solicitante informándole en los dos primeros casos del nuevo plazo. El órgano que recibe la solicitud puede transmitir ésta o, en su caso, el documento al responsable de la institución que lo haya creado o por cuenta de la que se haya creado o si es la primera institución federal en cuyo poder ha estado.

En los casos de denegación, hay que notificar al solicitante que el documento no existe, o bien la disposición en la que se funda o, en su caso, sobre la que podría fundarse si existiera. El silencio es negativo. Se puede exigir un pago inicial con un montante que se fije por reglamento con un máximo de 25 dólares, exigible antes de la preparación de copias. Además, si ha llevado más de cinco horas la búsqueda del documento o ha habido que reto-

EMILIO GUICHOT REINA

carlo para conceder el acceso parcial, se puede cobrar un suplemento. La autoridad puede dispensar en todo o en parte de este pago o rembolsarlo en su totalidad o en una parte. El acceso se ejerce por consulta total o parcial del documento o por envío de copias totales o parciales. Se prevé la comunicación en un soporte de sustitución: los que tengan deficiencia sensorial y lo pidan, si estima la administración que es necesario para que pueda ejercer su derecho y que es razonable transferir el documento en todo o en parte a un soporte de sustitución.

Asimismo, se prevé la intervención de terceros interesados, en los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud, cuando el documento contiene secretos industriales de terceros, datos personales o ha sido suministrado por terceros o contiene datos cuya comunicación puede suponer un riesgo cierto de causar al tercero consecuencias negativas. El tercero puede renunciar a este derecho y consentir la comunicación con carácter general. Tiene 20 días para contestar, o más si se ha prorrogado el plazo para responder, con el límite del mismo. Si se ha dado esta facultad, hay que responder en 30 días al tercero si va a dar comunicación. Las observaciones se harán por escrito. Debe mencionarse que tiene un plazo de 20 días para recurrir en revisión y si no se dará comunicación.

En Estados Unidos, el plazo de respuesta —inicialmente de diez días y tras ser constatado su sistemático incumplimiento y/por su brevedad— es, desde la reforma de 1996, de 20 días, excepcionalmente ampliables. Además, la reforma de 2007 prevé la obligación de las agencias de asignar a cada solicitud cuya tramitación sea superior a los diez días números de seguimiento (*tracking numbers*) que permitan el seguimiento *online* por el solicitante del curso de su solicitud. Se deja al solicitante la elección del formato en que se le traslada la información si la agencia cuenta con medios para atender dicha solicitud. Los costes son con carácter general, los de mera búsqueda y repro-

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

ducción —la regulación de los costes está muy particularizada y detallada—. La ley mexicana establece un procedimiento ágil y a la vez garantista para cursar las solicitudes en el ámbito del Poder Ejecutivo, con un plazo de 20 días —ampliables hasta un máximo de otros 20— para responder a las solicitudes. Una singularidad de esta ley, que la distancia de los principios generales de otras leyes estatales, es que establece en artículo 53 el silencio positivo; en realidad no se trata de un silencio positivo genuino, en la medida en que su efecto es desplazar a la autoridad de control, el IFAI, la apreciación sobre la concurrencia o no de excepciones y por tanto, el resultado final es similar a los casos de silencio negativo.⁴⁹

7. Garantías: la relevancia del papel de las autoridades administrativas independientes de control

Para lograr que el derecho de acceso a un bien inmaterial como la información pueda cumplir con su finalidad

⁴⁹ El acceso a la información en los demás sujetos obligados se rige por sus propias normas procedimentales. En el resto de América Latina, como concluye Mendel, T., *El derecho a la información en América Latina*, cit., pp. 176-179, pese a las naturales variaciones en la regulación, las leyes presentan un alto grado de consistencia. Las tendencias mayoritarias son la exigencia de solicitud escrita (por excepción, la guatemalteca admite la oralidad), incluido el formato electrónico, con los datos necesarios para identificar al solicitante y la información solicitada. La ley colombiana es la única que no establece la forma en que deben presentarse las solicitudes. No se requiere expresar los motivos de la solicitud (con la excepción de la República Dominicana). No se prevé mayoritariamente la asistencia a los solicitantes que traten de resolver sus dificultades para formular una solicitud por escrito y/o lo suficientemente precisa. La mayoría de las leyes disponen que la información se dé lo más pronto posible, añadiendo plazo máximo, que en algunos casos es muy breve (siete días en Perú, diez en Honduras, Guatemala o Ecuador), ampliables en circunstancias excepcionales. La regla general es el silencio negativo, si bien Uruguay ha acogido el mismo silencio (no genuinamente) positivo. Pocas leyes dan entrada en el procedimiento a los terceros afectados (la República Dominicana sí lo hace, pero para otorgarle un derecho de veto). La mayor parte de las leyes exige una respuesta por escrito, motivada en el caso de ser parcial o totalmente denegatoria, con expresión de los recursos pertinentes. Es moneda común la elección de formatos y los costes exigidos suelen ser exclusivamente los de mera reproducción.

EMILIO GUICHOT REINA

como instrumento de participación y control ciudadano, es necesario que las *garantías* del derecho respondan a cuatro principios básicos: inmediatez, asequibilidad, independencia y efectividad.

Al respecto, y junto a los sistemas clásicos (recursos administrativos y judiciales, sumado en su caso a la actuación del *Ombudsman*), la previsión de autoridades especializadas es sin duda la tendencia más notable.

En el caso de existir, caben diversas posibilidades regulatorias al respecto. Su actuación como sustitutiva o no de los recursos administrativos; la pertinencia o no de aunar en una misma autoridad de control las competencias sobre acceso a la información y sobre protección de datos, materia conexas en el punto secante de la información personal. Esta opción tiene sus pros, que se traducen en una cierta economía de medios y una respuesta coordinada a las cuestiones secantes que plantean la aplicación de ambos bloques normativos; y sus contras, como la necesidad de garantizar que en la práctica la autoridad “interiorice” por igual ambas funciones sin potenciar más un acercamiento que otro —lo que no siempre se consigue satisfactoriamente y depende a veces de cuál de ellas fue su función primigenia y, en ocasiones en directa relación, su estructura.

El carácter unipersonal o colegiado, con sus pros y contras inversos, relativos a la concentración del poder y la agilidad en la toma de decisiones, principalmente. El nombramiento gubernamental o parlamentario, cuyas ventajas e inconvenientes son a su vez inversos, que atienden al carácter más o menos directo de su legitimación democrática, la mayor o menor apariencia de independencia o las posibles dificultades en la elección. Incluso, el carácter ejecutivo o no de sus decisiones que, además, condiciona la posterior articulación procesal. Todas estas opciones caben, mostrando aquí los derechos una rica variedad, y

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

todas asimismo pueden mostrarse más o menos eficaces en función de la gestión concreta que se lleve a cabo.

Puede decirse, en todo caso, que por lo general los derechos contemplan la posibilidad de un recurso administrativo previo, normalmente ante la instancia superior. La corriente más actual consiste en la creación de estas autoridades de control, en muchos casos asumiendo competencias también en materia de protección de datos, y que al margen de su actuación frente a decisiones concretas de la autoridad pública ante solicitudes de información. Todas las autoridades existentes desarrollan una panoplia de funciones de asesoramiento, aportación de recomendaciones, directrices o criterios generales y pedagogía del derecho de acceso, en muy diversas formas.⁵⁰ Y, finalmente, que en casi todos los ordenamientos los recursos administrativos y/o ante la autoridad independiente, donde existen, conviven con la posibilidad de un ulterior control judicial.

El Convenio 205 exige la puesta a disposición de los solicitantes de un recurso ante un tribunal u otra instancia independiente o imparcial prevista por la ley, de cuya existencia debe informarse en la resolución, en caso de denegación total o parcial, expresa o tácita, de la solicitud. La instancia debe poder modificar por sí misma la decisión o solicitar que se reconsidere. El procedimiento debe ser rápido y poco costoso. Además, pueden seguirse acciones judiciales y disciplinarias contra las autoridades y empleados públicos que hayan incumplido gravemente las obligaciones que les impone la ley. Deja, pues, un margen importante de conformación a los Estados.⁵¹

⁵⁰ Una aproximación global al fenómeno en Díaz, V. y Bringas Valdivia, J. M., "Autoridades reguladoras independientes en materia de acceso a la información", *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 9, 2007, pp. 81-102.

⁵¹ En el derecho de los Estados europeos, se acogen tres tipos de recursos: administrativos "clásicos"; ante un comité o comisionado; y judiciales, ante los tribunales que conocen los asuntos administrativos. En su mayoría, existe una combinación de ellos. La mayor parte de los países han creado una

EMILIO GUICHOT REINA

La Ley Modelo resulta bastante detallada en materia de garantías. Prevé la necesaria existencia de “apelación in-

autoridad especializada, existiendo notables diferencias en su composición y funciones. En línea de tendencia, y con excepciones, las leyes más antiguas no previeron la existencia de estas autoridades (por ejemplo, Suecia), las de los años ochenta y noventa optaron por atribuir la competencia sobre acceso a información a una autoridad especializada y sobre protección de datos a otra (así, Francia, Italia, Portugal o Bélgica), mientras que las más actuales han tendido a la unificación en una única autoridad de ambas competencias (es, por ejemplo, el caso de Alemania, Reino Unido, Suiza, Hungría, Irlanda, Eslovenia). Estas autoridades independientes son en unos casos órganos unipersonales (por ejemplo, en el caso alemán, elegido por mayoría absoluta del *Bundestag*), en otros colegiados (así, *verbi gratia*, en Francia, Italia, o Portugal; la composición es heterogénea y los miembros no tienen dedicación exclusiva. Las de Francia, Italia o Portugal están integradas por miembros de diversa procedencia y modo de elección, como parlamentarios, magistrados y especialistas) y en otros conviven un órgano unipersonal y otro colegiado que actúa a modo de superior jerárquico (es el caso del Reino Unido o Suiza). En unos casos, son de nombramiento gubernamental y, en otros, parlamentario. En cuanto al alcance de su poder de conocer reclamaciones individuales, hay división entre aquellas autoridades cuyas decisiones son meras recomendaciones —tendencialmente, y por tanto con excepciones, las especializadas sólo en acceso a la información— (es el caso francés, portugués o belga) y aquellas otras cuyas decisiones tienen fuerza de obligar, que pueden ser impugnadas judicialmente y contra cuyo incumplimiento la autoridad de control puede demandar a la autoridad pública en cuyo poder se encuentra la información —por lo general, las más modernas, que han aunado competencias sobre acceso a la información y protección de datos (como en el caso alemán, británico, húngaro, irlandés, esloveno o italiano, tras la reforma de la ley en 2005)—. Además, suman otras competencias como la de dictar recomendaciones, evacuar informes, promover la publicación activa de documentos de relevancia para el público general, publicar informes periódicos o especiales sobre la aplicación de la normativa, recabar información para evaluar la práctica administrativa, proponer cambios normativos, etcétera. No se ha instituido una autoridad especializada. Los recursos judiciales se presentan ante el Tribunal General, en primera instancia, y ante el Tribunal de Justicia, en casación. A ello se une la posibilidad de queja previa ante Defensor del Pueblo europeo, a la que la institución concernida responde en un informe —en ocasiones, aceptando total o parcialmente la recomendación del Defensor de dar publicidad a los documentos solicitados— que se traslada al reclamante, para que haga alegaciones si la institución no se acomoda plenamente a la recomendación, y, finalmente, en un dictamen del Defensor, en el que declara si ha habido o no mala administración —sin valor constrictivo—. Las facultades del juez comunitario se limitan a examinar, en su caso, los documentos y a anular, en su caso, la decisión denegatoria, sin que se extienda a la posibilidad de dirigir a las instituciones o agencias órdenes conminatorias de proveer al acceso.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

terna”, que debe ser opcional y no obligatoria para el solicitante antes de presentar una apelación externa obligatoria frente a una Comisión de Información, con capacidad de mediación previa a la resolución unilateral con fuerza de obligar. En caso de incumplimiento de una resolución que ordene la entrega de información, tanto el solicitante como la Comisión pueden acudir ante los tribunales. En esto, la forma de obligar al cumplimiento varía de acuerdo con cada país. La carga de la prueba de la existencia de una excepción corresponde a la autoridad pública. La Comisión tiene estatus de autonomía orgánica y funcional que garantiza su independencia, y es un órgano colegiado formado por tres o más comisionados, recomendándose el número de cinco, ya que un cuerpo de tres

puede aislar y obstruir el consejo y la participación de uno de los comisionados en casos donde los otros dos estén cercanamente asociados de manera filosófica, personal o política —una dinámica que es más difícil en un cuerpo de cinco.

Deben ser nombrados por el Legislativo por una mayoría cualificada, de dos tercios —para lograr el apoyo bipartidista o multipartidista— en un proceso con participación del público en el proceso de nominación, transparencia y apertura y publicación de una lista de los candidatos que se consideren más idóneos para el cargo. Sus funciones son variadas, desde la vigilancia, la mediación o la adopción de recomendaciones hasta toda una suerte de medidas de pedagogía y liderazgo en la difusión del derecho. Incluye la redacción de un informe anual.⁵²

52 Las leyes de los Estados americanos presentan fórmulas variadas, que incluyen en todo caso recursos administrativos, y no responden todas ellas al esquema de la Ley Modelo, inspirada una vez más en la poderosa ley mexicana, siendo las más recientes las que prevén autoridades con poderes ejecutivos. En Canadá, en el modelo federal, existe una autoridad unipersonal de acceso a la información y otra de protección de datos, mientras que en los modelos provinciales predomina la unificación. En su nombramiento interviene el Parlamento,

EMILIO GUICHOT REINA

8. Medidas complementarias: la necesidad de garantizar la efectividad del derecho

La efectividad del derecho a la información pública presupone una eficaz gestión documental; una puesta a disposición del público de *medidas complementarias* para la localización de la información que pueda interesarle; una formación y especialización de las autoridades y empleados públicos, encargados del tratamiento de la información y una labor de pedagogía y asistencia a los ciudadanos, si se quiere que sirva realmente como instrumento de profundización democrática a disposición de todas las personas, y no sólo de colectivos cualificados (académicos, periodistas, abogados, organizaciones no gubernamentales).

Los derechos han dispuesto toda una serie de medidas a tal fin, cuya profundidad y modalidades varían sobre todo en función de que se trate o no de leyes recientemente aprobadas o reformadas. Son múltiples las iniciativas, pero pueden apuntarse algunas muy generalizadas,

y su mandato tiene una duración de siete años, con posibilidad de renovación. Se regula con detalle el procedimiento de queja, que termina con una recomendación. De no seguirse, cabe recurso judicial para cuya interposición está legitimado tanto el solicitante como el comisario, que puede también comparecer en nombre del solicitante o, con la autorización del tribunal, actuar en apoyo de las pretensiones de éste. Estados Unidos se encuentra en fase de implantación de una Comisión Federal de Acceso a la Información. La ley mexicana instituyó una poderosa y prestigiosa autoridad de control, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), órgano colegiado integrado por cinco comisionados nombrados por el Ejecutivo, con derecho de veto por el Senado, por un periodo de siete años no renovable. El IFAI está dotado de autonomía orgánica y funcional que garantiza su independencia, y con capacidad para revolver recursos de revisión contra las decisiones de los sujetos obligados por la Ley. Sus decisiones son ejecutivas y puede ordenar la entrega de información. Son apelables antes los tribunales. Por lo demás, la labor del IFAI no queda, ni con mucho ahí, sino que se extiende a dictar recomendaciones, lineamientos, asesoramiento, elaboración de guías, formación, promoción del derecho, etcétera. Siguiendo la ley mexicana, han creado su autoridad otros países como Chile y Honduras.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

que han demostrado su eficacia: una buena regulación y práctica de la gestión documental; la formación y especialización de las autoridades y funcionarios responsables de gestionar las decisiones sobre publicidad de la información; la previsión de sanciones disciplinarias para los que obstaculicen la aplicación de la ley; la creación de guías ciudadanas que hagan asequible al común de las personas el entendimiento de alcance del derecho y su ejercicio, unidos al auxilio personal a quien lo requiera, o la conducción y publicidad electrónica de registros de documentos que permitan búsquedas con criterios sencillos.

El Convenio 205 impone la previsión de medidas complementarias para informar al público de su derecho de acceso y de las modalidades de su ejercicio (p. ej., como aclara la Memoria, publicando sus documentos en formato electrónico o poniendo en funcionamiento centros de documentación; creando puntos de contacto que, en el seno de los distintos servicios de la administración, informen al público y le faciliten el acceso a los documentos de su competencia). También han de adoptar los Estados las medidas apropiadas para asegurar que los agentes públicos tengan la formación necesaria en relación con sus deberes y obligaciones para dar cumplimiento al derecho; proporcionar información sobre las materias o las actividades de su competencia (por ejemplo, elaborando listas o registros de documentos en su poder); gestionar eficazmente sus documentos de forma que los haga fácilmente accesibles (como aclara la Memoria, la administración tiene la obligación de conservar sus documentos clasificados e indexados de forma que permita identificarlos; a tal fin, los registros públicos de documentos suponen una gran ayuda, tanto para el ciudadano como para la propia administración); y seguir procedimientos claros y preestablecidos para la conservación y la destrucción de sus documentos (como puntualiza la Memoria, sin que, en todo caso, sean destruidos mientras haya un interés público en

EMILIO GUICHOT REINA

su conservación ni cuando esté en curso una solicitud de información que les afecte).

Todas estas tareas, como aclara la Memoria, pueden confiarse a la administración independiente. El Convenio se limita, en este punto, a diseñar principios muy generales del caso, que debe quedar en gran medida a la autonomía, libertad y posibilidades de organización estatales.⁵³

La Ley Modelo es más ambiciosa que el Convenio europeo de 2009 en las exigencias de medidas complementarias que faciliten el ejercicio del derecho de acceso. Prevé la existencia de Registros de Activos de Información (que

53 En el derecho de los Estados europeos la inmensa mayoría de las normas establecen medidas complementarias, entre ellas, la conducción de un registro de documentos, también disponible en formato electrónico y accesible a través de Internet, en muchos casos con buena parte de los documentos *online*; la creación de guías para el ciudadano en que se explica con un lenguaje asequible en qué consiste y cómo puede ejercitarse el derecho; la elaboración de informes anuales sobre la aplicación de la ley por cada organismo; la asistencia a los ciudadanos en el ejercicio de su derecho, y el nombramientos de responsables de la información. Así, por ejemplo, en Alemania se prevé que las autoridades elaboren y mantengan actualizados repertorios que identifiquen las fuentes de información disponibles y las finalidades de la información almacenada. En el Reino Unido las autoridades sometidas a la aplicación de la ley sobre acceso tienen el deber de dar consejo y asistencia a los solicitantes de información hasta el límite de lo razonable. En Portugal, la ley prevé el nombramiento de un responsable del acceso por cada organismo sometido a su ley de acceso. Además, establece el deber de relacionar todos los documentos que comporten la interpretación del derecho positivo o la descripción del procedimiento administrativo, mencionando específicamente el título, materia, fecha, origen y lugar donde pueden ser consultados. En el derecho comunitario, el Reglamento 1049/2001 prevé toda una serie de medidas de información al público, con una organización a su servicio, instituye un comité de coordinación interinstitucional, a nivel político y administrativo, prevé medidas de formación de los empleados públicos en materia informativa (el Parlamento propone al respecto, al hilo de la reforma del Reglamento, crear la figura del “responsable de información” e incorporar una previsión según la cual el incumplimiento intencionado o negligente de las obligaciones contenidas en el Reglamento, dará lugar a la apertura de un expediente disciplinario a un funcionario u otro agente de las instituciones); la elaboración de informes anuales de evaluación y la conducción de registros electrónicos de documentos.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

incluyen todas las categorías de información publicada por la entidad, todo documento publicado y todo documento disponible para ser comprado por el público) y de registros de solicitudes y divulgaciones, relacionados estos últimos con las solicitudes planteadas y su respuesta y disponibles en la *web* y en el área de recepción de todas sus oficinas. Cuando una respuesta se entrega en formato electrónico o, en todo caso, cuando se solicita por segunda vez una información, debe publicarse de forma proactiva en la página *web* de la autoridad pública. Cada entidad debe nombrar un oficial de información, encargado de implementar la ley. Además, deben presentar informes anuales acerca de la ejecución de la ley ante la Comisión. Y prevé el castigo penal de la destrucción o alteración de documentos sobre los que se ha formulado solicitud de acceso y administrativamente todas las conductas que obstaculizan la aplicación de la ley.⁵⁴

54 En los Estados americanos se dan diversos grados de intensidad en la previsión de medidas complementarias. La conducción y publicación de repertorios o registros de documentos está muy extendida, siendo más ambiciosas las leyes más modernas o que han sido recientemente reformadas, que prevén otra serie de registros, salas electrónicas de lecturas, responsables y oficinas de información, redacción obligatoria de informes anuales por los organismos públicos sobre la aplicación de la normativa sobre acceso, etcétera. Así, cabe recordar que la reforma de la ley estadounidense de 1996, bajo el gobierno del demócrata Bill Clinton, creó las salas de lectura electrónicas y la de 2007 las *FOIA Public Liaisons* y los *Office of Government Information Services* como mediadores previos a la vía judicial. La ley mexicana prevé mecanismos de gestión de la información que permitan una eficaz ejecución de la ley, tanto materiales como personales. Respecto de estos últimos, la ley crea en cada dependencia o entidad dependiente del Poder Ejecutivo unidades de enlace y comités de información, compuestos por un servidor público designado por el titular de la dependencia o entidad, el titular de la Unidad de Enlace y el titular del órgano interno de control de cada dependencia o entidad, responsables de la información en cada dependencia o entidad. Para el resto de los sujetos obligados se prevé también su existencia o de sus equivalentes. Las primeras adoptan las decisiones iniciales y las segundas son competentes para su revisión. En el resto de América Latina, y siguiendo a Mendel, T., *El derecho a la información en América Latina*, *cit.*, pp. 187 y 188, puede afirmarse que hay sensibles diferencias entre las diversas leyes, unas más completas (como la hondureña o la

EMILIO GUICHOT REINA

9. La publicidad activa: la revolución Internet

La publicidad activa es, sin duda, la gran tendencia revolucionaria en materia de transparencia y acceso a la información, fundamentalmente de la mano de Internet. En la actual sociedad en que las personas hemos incorporado este medio a nuestra vida diaria en nuestras comunicaciones privadas y laborales; en que la administración electrónica y la digitalización de la información avanzan ya imparable y vienen en muchos casos normativamente impuestas; y en que un alto grado de transparencia en la gestión de los asuntos públicos es, según hemos visto, universalmente entendido como una exigencia democrática, las autoridades deben poner dicha información a disposición de todos *motu proprio*. En especial, la más relevante para alcanzar la finalidad para la que nació el derecho de acceso: posibilitar el conocimiento, la participación y el control de las personas en los asuntos públicos.

La publicidad proactiva, básicamente, a través de Internet, se está imponiendo ya, con creces, cuantitativamente, y es el instrumento más poderoso, no soñado siquiera hasta fechas recientes, para la transparencia. Las leyes más modernas han ido acogiendo el principio general de publicidad activa de la información más relevante para posibilitar la participación y control de la gestión

nicaragüense) y otras más exiguas en este género de medidas (como la chilena, perunana o dominicana o, en el extremo, y sin duda por ser la más antigua, la colombiana). Muchas leyes contemplan la designación de empleados públicos especializados en la materia y la creación de guías. Dicho autor pone de relieve que una característica particular de muchas leyes latinoamericanas es su fuerte compromiso con la educación pública, a todos los niveles, sobre el derecho a la información (como en Ecuador, Guatemala, Honduras o Nicaragua, en este último caso llegando a la previsión de incorporación del derecho a la información en los currículos escolares a todos los niveles y el establecimiento de un centro nacional de investigación y docencia sobre el derecho a la información). Algunos países contemplan la necesaria redacción por los organismos públicos de informes anuales, estando esta obligación menos desarrollada que en otras partes del mundo.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

pública. Acompaña a menudo listas detalladas, referidas a las decisiones que interpretan el derecho, datos sobre la organización, los empleados públicos, los procedimientos, las concesiones, autorizaciones, contratos y en general el gasto público, o sobre la existencia y modo de ejercitar el propio derecho de acceso. La lista irá sin duda aumentando hasta el establecimiento del principio general de publicación activa de la información no afectada por limitaciones.

En muchos casos, se dispone, además, de la publicación de la información que ha sido ya objeto de una o varias solicitudes previas. En muchas ocasiones, el mecanismo funciona del siguiente modo: un registro de documentos que permite conocer qué información se encuentra en poder de la autoridad pública y que admite la búsqueda con diferentes criterios y, una vez localizada, la posibilidad de poder acceder al texto completo a golpe de *click*. Este nuevo y revolucionario medio de comunicación está llamado a sustituir en buena medida al mecanismo de la información a solicitud —las cifras son elocuentes— posibilitando una acceso inmediato y universal, generando con ello un ahorro de costes y potenciando una buena gestión pública de la información.

El Convenio 205 prevé medidas de publicación activa, esto es, la puesta a disposición de todas las personas, por su propia iniciativa y cuando lo estimen conveniente, de todos los documentos públicos en su poder con el objeto de promover la transparencia y la eficacia de la administración y para fomentar la participación informada del público en materias del interés general. Se limita, en este punto, a este principio general, dejando un amplio margen a los Estados a la hora de arbitrar las materias y los medios para hacerlo efectivo. Como señala la Memoria Explicativa del Convenio, en algunos países, las autoridades públicas tienen el deber legal de publicar por su propia iniciativa, informaciones sobre estructuras, personal, presupuesto,

EMILIO GUICHOT REINA

actividades, reglas, políticas, decisiones, delegaciones de poder, informaciones sobre el derecho de acceso y el procedimiento para solicitar documentos públicos, así como cualquier otra información de interés público. Se hace a intervalos regulares y en formatos que incluyen la utilización de nuevas tecnologías de la información (por ejemplo, en páginas *web* accesibles al público) y en salas de lectura o bibliotecas públicas, para garantizar un acceso fácil y generalizado. Un criterio que puede utilizarse para decidir qué informaciones se hacen públicas de forma proactiva puede ser el número de solicitudes referidas a ese documento o a ese tipo de documento.⁵⁵

55 En el derecho de los Estados europeos, la mayor parte de las normas reguladoras del acceso a la información dedican previsiones a la información activa, con diversa extensión. En muchos casos, se establecen categorías de documentos de publicación obligatoria —con mucha variedad al respecto, pero referidos a los temas de mayor conexión con la organización y actividad y gasto públicos—, que se lleva a cabo en boletines oficiales y/o a través de Internet, en este caso habitualmente por medio de los registros de documentos. El examen de Kranenborg y Voermans, *op. cit.*, p. 24, pone de relieve que en muchas de las leyes nacionales se dedican previsiones a la divulgación activa de información. En algunos países, se enumeran documentos que deben publicarse (en especial, en países nórdicos occidentales como Países Bajos o Finlandia, o en naciones del Este recientemente incorporados a la Unión Europea, como Hungría o Lituania), con referencia en algunos casos a Internet (Eslovaquia, Eslovenia). En cuando a los países más poblados, en Francia se publican las directivas, las instrucciones, las circulares y las notas o respuestas ministeriales que comportan una interpretación del derecho positivo o una descripción de los procedimientos administrativos. Además, pueden publicarse otros documentos administrativos. Los que están afectados por una excepción, salvo disposición legislativa en contrario, sólo una vez han sido objeto de tratamiento a fin de ocultar las menciones o hacer imposible la identificación de las personas que en ellos figuran y, de forma general, la consulta de datos personales. En Alemania, los planes organizativos y de archivo deben ser generalmente accesibles sin referencia a datos personales. Las autoridades deben hacer generalmente accesibles por vía telemática los directorios y planes. En Italia se publican las directivas, programas, instrucciones circulares y cualquier acto relativo a la organización, funciones, objetivos y procedimientos de la administración pública o en los cuales se determina la interpretación de las normas jurídicas o se dictan disposiciones para su aplicación. También los informes anuales de la Comisión y en general se da la máxima publicidad a todas las disposiciones de ejecución de la ley y las iniciativas encaminadas a precisar y hacer efectivo el

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

La Ley Modelo prevé la aprobación necesaria de los llamados “esquemas de publicación”, referidos a las clases de documentos que se publicarán de forma *proactiva*

derecho de acceso. Con las publicaciones si son integrales se entiende realizado el acceso. En el Reino Unido se prevén los llamados *publication schemes*, que debe elaborar cada autoridad y someter a la aprobación del comisionado, con un compromiso de publicar una serie de informaciones, los medios, e indicación si es gratuito o de pago y la forma apropiada. El comisionado puede aprobar modelos de *publication schemes*, que pueden ser adoptados por las autoridades. En Portugal la ley obliga a la divulgación, en especial en bases de datos electrónicas fácilmente accesibles al público a través de redes públicas de telecomunicaciones, de la siguiente información administrativa, a actualizar como mínimo semestralmente: todos los documentos, en especial, despachos normativos internos, circulares y orientaciones, que comporten un encuadramiento de la actividad administrativa. En el derecho comunitario, como sucede en los derechos estatales, un elemento fundamental para este cometido son los registros públicos. En efecto, junto a la virtud de dar a conocer de qué información se dispone, sus efectos favorecedores del conocimiento de la información pública se multiplican si se tiene en cuenta que una parte sustancial de los documentos que constan en los registros son directamente accesibles en su texto íntegro, a través de un hipervínculo. Es el llamado “acceso directo”. En este último supuesto, el acceso a la información no precisa de solicitud, y es con mucho la vía más utilizada para acceder a los documentos comunitarios. El Reglamento prevé en su artículo 13 que sean publicados en el *Diario Oficial* toda una serie de documentos sobre los que hasta su entrada en vigor no existía dicha obligación, 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 interno, 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, y que incide en el estancamiento, e incluso recesión, del número de solicitudes en la actualidad. La importancia de la transparencia alcanza su cumbre en el proceso legislativo, en el que se conforman las decisiones fundamentales de la vida social. En su artículo 12.2, el Reglamento se refiere al acceso directo a dichos documentos, disponiendo que “... en particular, se debería facilitar el acceso directo a los documentos legislativos, es decir, documentos elaborados o recibidos en el marco de los procedimientos de adopción de actos jurídicamente vinculantes para o en los Estados miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y 9 [esto es, las excepciones y el régimen de los documentos sensibles]”. Los reglamentos internos de las instituciones han concretado este principio y la reforma pretende profundizar en las categorías de documentos que han de ser publicados proactivamente.

EMILIO GUICHOT REINA

y la forma en que se publicarán. Esto para minimizar la necesidad de que los individuos presenten solicitudes de información, que deban ser sometidas a la aprobación de la autoridad de control. Se fija qué documentos deben ser diseminados necesariamente de forma proactiva, en forma amplia, atinente a cualquier documento normativo o de interpretación normativa. Se fijan los mecanismos de presentación de solicitudes, peticiones o denuncias. También los documentos relativos a la organización, las condiciones del empleo público, los presupuestos y su grado de ejecución; los subsidios otorgados, las adquisiciones y los contratos. Igualmente, guías para el ejercicio del derecho de acceso. Esto incluye los sistemas y tipos de información en poder de la autoridad y el registro de solicitudes y divulgaciones solicitudes presentadas y divulgaciones acordadas, la información más frecuentemente solicitada y cualquier información adicional que la autoridad pública considere oportuno otorgar. A estas informaciones le son de aplicación, en su caso, las excepciones, pero sólo en la medida en que la autoridad de control (no la autoridad pública) lo determine.⁵⁶

⁵⁶ En los Estados americanos existen en este punto sensibles discrepancias, siendo las leyes latinoamericanas las más avanzadas, si bien la práctica en Canadá y Estados Unidos ha ido más allá de lo exigido por sus respectivas leyes. La ley canadiense, habida cuenta su relativa antigüedad y falta de actualización, no es especialmente progresista en este punto, siendo lo más relevante la previsión de publicación actualizada del organigrama y atribuciones así como los programas y fundones de los diferentes servicios; las categorías de documentos que manejan para facilitar el derecho de acceso; la designación de los manuales que utilizan sus servicios en la aplicación de sus programas o en el ejercicio de sus actividades; y el cargo y dirección del funcionario encargado de recibir las solicitudes de acceso. La ley estadounidense, tras la reforma de 1996, prevé la publicidad activa en Internet de toda una serie de informaciones de la mayor relevancia, de alcance e interés general, incluidas las que han sido objeto previo de comunicación tras una solicitud y un índice de las mismas, y la puesta en funcionamiento de salas de lectura electrónicas. La ley mexicana es una de las más avanzadas. Una vez más, México parte del principio de publicidad de todo género de información, que el principio general, si bien se señala expresamente que afecta a la más relevante (organización y personal,

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

La expansión de este medio de publicidad no implica la invalidación de las reglas sustantivas sobre el objeto y límites del derecho —como por lo demás, múltiples normas sobre acceso advierten expresamente— sino que llama a una labor proactiva de análisis a los responsables de la publicación conforme a los criterios apuntados.

Además, la publicidad activa puede contribuir también a la generación de nueva información y de servicios de valor añadido puesta a disposición de la sociedad. Al cruzarla con datos de distinta procedencia, inventará nuevas aplicaciones que a su vez pueden redundar, entre otros, en una mejor información a disposición de las autoridades públicas, lo que permita mejorar sus políticas y adaptarlas a las necesidades ciudadanas, así como detectar las disfunciones. Es esta idea, que conecta con la idea de gobernanza y de gobierno abierto y colaborativo, la que está detrás de los proyectos llamados de *open data*, cuyo liderazgo a nivel mundial corresponde en los países oc-

incluidas las retribuciones; presupuesto y auditorías de gastos; subvenciones, concesiones y autorizaciones, contrataciones, informes, etcétera), que debe estar a disposición del público por Internet, que constituye el instrumento más importante de aplicación de la ley, perfilado en su Reglamento de Desarrollo, y que incluye el deber de puesta a disposición del público en los establecimientos públicos de puntos de conexión e impresoras, así como la publicidad en Internet de cualquier información que haya sido previamente facilitada. Establece asimismo, en coherencia con su ámbito subjetivo de aplicación, la publicidad de las sentencias —que se compatibiliza con la protección de los datos personales que en ella figuren— y de los proyectos normativos. Siguiendo las conclusiones de Mendel, *op. cit.*, en general las leyes latinoamericanas son en este punto normas muy progresistas, situándose en lo más alto de la escala la peruana. La información que debe publicarse proactivamente varían considerablemente de país en país, a partir en algunos casos de criterios genéricos como la necesaria para asegurar el control sobre las entidades públicas (Colombia), para la participación pública (Panamá) o para el cumplimiento de las metas y objetivos de la ley (Guatemala). Otros países, entre ellos Ecuador y Perú, incluyen listas específicas de información. Muchas de éstas se refieren a información de naturaleza comercial o financiera, sobre personal, incluidos los sueldos, gastos y contratos públicos. Muchas disponen expresamente su obligada actualización y establecen medidas para garantizar el fácil acceso, la más importante de las cuales es sin duda el acceso a través de Internet.

EMILIO GUICHOT REINA

cidentales, a Estados Unidos y el Reino Unido.⁵⁷ Estos plantean el reto de garantizar la preservación de los intereses protegidos por las limitaciones acogidas en las leyes de acceso. Ello teniendo en cuenta los nuevos riesgos que puede generar el cruce de datos y la generación de nuevas aplicaciones, a partir de informaciones en principio “inofensivas”, en una preocupación similar a la que dio lugar a la diferenciación del concepto de intimidad y el más extenso de protección de datos.

En efecto, se apuntan como riesgos de la puesta a disposición indiscriminada de datos, la posibilidad de malas interpretaciones o de informaciones parciales o sesgadas,⁵⁸

57 Una aproximación al fenómeno, en Estados Unidos, puede encontrarse en el estudio de los investigadores de la *Harvard Business School* Lakhani, K. R. *et al.*, *Data.gov*, <http://hbr.org/product/data-gov/an/610075-PDF-ENG?Ntt=610075>. El impulso político de esta idea, potenciada por organizaciones no gubernamentales como *Openthegovernment.org*, ha venido de la mano del presidente Barack Obama como parte de la *Open Government Initiative* aprobada el primer día de su mandato. Se trata de poner datos a disposición del público en Internet en un lenguaje en que puedan ser directamente procesados, para que la convergencia de enfoques y creatividades de la sociedad desarrolle aplicaciones, cruzando los datos de distinta procedencia, y en el entendido de que su empleo contribuirá también a mejorar la gestión pública. La fuente de inspiración se encuentra en el trabajo cooperativo y descentralizado que ha dado origen a fenómenos como el *software* de código abierto, la *wikipedia*, las redes sociales, etcétera, y ha recibido el apoyo expreso de gigantes como Microsoft, Amazon o Google. La página *Data.gov* se puso en marcha en marzo de 2009, es decir, de forma casi inmediata a la toma de posesión como presidente. La idea es la de centralizar todos los datos en poder de las diferentes agencias en un portal único, comenzando con datos útiles y que no están afectados por ninguna limitación, como los geospaciales, ambientales, estadísticos, etcétera. En principio, los datos se dan tal cual se encuentran, sin tratamiento específico ni análisis, para que los interesados extraigan sus posibles utilidades. La página actúa como un índice que remite a bases de datos mantenidas por las agencias responsables, que de esta forma conservan la capacidad de actualizarlos. A esta iniciativa se han sumado otras como *Recovery.com*, que permite a los ciudadanos rastrear el destino de las ayudas al sistema financiero aprobadas por la *Recovery Act*) o *IT Dashboard* (<http://it.usaspending.gov/>), para seguir el destino de las inversiones federales en tecnologías de la información, etcétera. En el Reino Unido hay una iniciativa similar en <http://data.gov.uk/>.

58 Véase, por ejemplo, Lessig, L., “Against Transparency”, *The New Republic*, 2009, <http://www.tnr.com/article/books-and-arts/against-transparency>, si

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

e incluso de afectación a valores fundamentales de la vida en sociedad.⁵⁹ Son riesgos y a la vez potencialidades para estimular la mejora de las políticas públicas, propios de una sociedad abierta.

10. Balance general de la legislación comparada

Si bien puede hablarse de un núcleo importante de regulación común, evidentemente existen diferencias de “densidad” normativa. Puede, en línea de tendencia, constatare que los países de Europa occidental continental han alumbrado, por lo general, regulaciones escuetas y principales —que van desde el extremo del artículo único español, pasando por el puñado de artículos introducidos en leyes más generales en Francia o Italia, o leyes más

bien dedicado a un caso concreto y apegado a la realidad americana. El autor parte de las virtudes y utilidades indiscutibles del principio de transparencia y admite que, sin duda, la inmensa mayoría de los proyectos relacionados con la transparencia tienen sentido, en especial la vinculada con la transparencia en la gestión pública por parte de las agencias gubernamentales, que mejora de forma radical la calidad de su tarea, o en la liberación de datos públicos para posibilitar la industria de valor añadido. Advierte, no obstante, de los peligros de la iniciativa que permite visualizar la relación entre contribución a las campañas electorales de los parlamentarios y el sentido de su voto, en la medida en que puede dar una imagen demasiado simplista y, por ello, distorsionada de la realidad en que se asocia automáticamente el voto a los intereses de los financiadores, que sólo podría evitarse en sistemas públicos de financiación de campañas. Por supuesto, también esta idea, generada a raíz de la iniciativa de la *Sunlight Foundation*, ha dado origen a debate y controversia. Véase, por ejemplo, <http://commons.globalintegrity.org/2009/10/lawrence-lessig-is-against-transparency.html> La idea que puede tener más valor global del escrito de Lessig, y que entronca expresamente con la desarrollada en el ámbito de la información al consumidor por los profesores Fung, A. *et al.*, *Full Disclosure. The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge University Press, 2008, en el sentido de que es necesario tener presente que la información tiene valor para los ciudadanos cuando es relevante, completa y comprensible.

⁵⁹ Sobre la posible puesta en cuestión de valores superiores, piénsese en los riesgos para la seguridad o la compartimentalización o exclusión social de iniciativas creadas a partir de datos obtenidos de diversas fuentes, incluidas gubernamentales, que clasifican la seguridad de las ciudades o barrios estadounidenses.

EMILIO GUICHOT REINA

modernas pero también “contenidas” como la alemana—. Por el contrario, las normas del mundo anglófono, como Estados Unidos o el Reino Unido, así como las nuevas leyes aprobadas en la Europa Oriental y Latinoamérica, son notablemente más detalladas.

Resulta, pues, seductora la idea sugerida por algún estudioso, según la cual no existen diferencias notables en las soluciones que acogen las diferentes leyes de acceso, sí en las tradiciones a las que responden. Y que se refleja hasta cierto punto en las técnicas normativas: *la anglo-americana*, con leyes poderosas (pues parten del concepto del gobierno como Leviatán); *la continental europea*, que ve más bien al gobierno como protector, no tan enfáticas (Francia, Alemania), y *la nórdica europea*, en que el gobierno no es mirado con confianza ni desconfianza, sino que actúa como un *partner* de la sociedad y de los ciudadanos: el gobierno y la sociedad forjan juntos las políticas públicas sobre la base de la información disponible.⁶⁰

Esta teoría explicaría bien que las (más o menos) nuevas democracias, nacidas tras la caída de los regímenes anteriores en Europa del Este y Latinoamérica, hayan optado asimismo por “leyes poderosas” (la húngara o la mexicana, serían dos buenos ejemplos), en lo que también ha tenido su peso la intensa labor de *lobby* ejercida en estos países por algunas asociaciones que se inscriben mayoritariamente en la primera tradición y que, por su propia razón de ser, postulan el modelo de mayor transparencia posible.⁶¹

En particular, cabe concluir que el Convenio 205 del Consejo de Europa, como es propio de esta categoría de normas, se presenta en tanto mínimo estándar común

⁶⁰ Se hacen eco de esta observación del representante de Estonia, Sr. Tallo, en la conferencia “Transparency in Europe-II”, organizada por la Unión Europea, Kranenborg y Voermans, *op. cit.*

⁶¹ Singularmente, *Open Society*, controlada por Georges Soros, y su red de asociaciones, institutos y fundaciones.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EUROPA Y AMÉRICA

de las regulaciones estatales sobre acceso a la información, que permite a los Estados, en casi todos sus puntos, ser más ambiciosos en materia de transparencia. Fruto de un compromiso entre derechos más y menos avanzados o entre culturas jurídicas más o menos aperturistas, la mayor parte de los Estados europeos pueden suscribirlo sin modificar su legislación, o con retoques menores. Se trata, en este sentido, de una norma más principal y menos “ambiciosa”, sobre todo en materia de procedimiento, medidas complementarias o garantías, que su “equivalente” en derecho americano, la Ley Modelo Interamericana sobre derecho de acceso a la información de la Organización de los Estados Americanos. En los casos de algunos países latinos, se requeriría una revisión a fondo, cuando no una nueva normativa.

Por supuesto, la existencia de reconocimiento constitucional y de leyes de acceso a la información y cuáles sean sus niveles de “densidad normativa” no es el único dato a considerar. A su mayor o menor ambición de transparencia, complitud, calidad jurídica y adaptación a las nuevas realidades tecnológicas se une

una mayor disparidad en el grado de implementación —en especial, en relación con la gestión de la información, la publicidad activa o las garantías— y en el propio ejercicio ciudadano del derecho de acceso y la mayor o menor tradición democrática y de transparencia.⁶²

⁶² Véase al respecto los datos sobre el número de solicitudes de acceso por año por país y *per capita* en el análisis de Vleugers citado. Se trata, tan sólo de un indicador, crecientemente menos significativo con la generalización de la puesta a disposición de la información de forma activa en Internet. No obstante, aparecen en los primeros lugares de la lista países de contrastada tradición en esta materia como Noruega, Estados Unidos, Canadá o México (donde, como veremos, se ha puesto especial empeño en alcanzar un nivel muy elevado de transparencia) y en los últimos países africanos y antiguas repúblicas socialistas soviéticas de Asia. Asimismo se maneja una lista de países con dos o más indicadores negativos (menos de una solicitud por cada 100,000 habitantes al año; exigencia de interés especial; bajas posibilidades o práctica de reclamacio-

EMILIO GUICHOT REINA

Son factores extrajurídicos que condicionan la mayor o menor identidad entre norma y realidad, y que es objeto de estudio por otras disciplinas complementarias que excede con mucho de nuestras posibilidades.

nes o apelaciones; poca ejecución de las decisiones; posibilidad de veto gubernamental; costes). Entre los países que reúnen más de dos criterios negativos (Bélgica, Georgia, Italia, Liechtenstein, Moldavia, Panamá, Tajikistan, Ucrania, Uzbekistán y Zimbabwe), la mayoría son europeos. Italia y Liechtenstein, por exigir interés especial (únicos en el mundo junto a Nepal) y Ucrania, por sus bajas posibilidades de recurso y pobre ejecución de las decisiones. Michener, G., *The Surrender of Secrecy: Explaining the Emergence of Strong Access to Information Laws in Latin America*, tesis doctoral, 2010, <http://gregmichener.com/Dissertation.html>, pone de relieve asimismo, en sus conclusiones, las disparidades entre calidad normativa y de ejecución, en su estudio sobre las normas de acceso en Latinoamérica.