

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN, COMPARATIVA DEL MODELO EUROPEO Y AMERICANO¹.

Emilio Guichot
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
España

Resumen:

El presente estudio analiza, en España y América Latina, el desarrollo y fundamentación del derecho al acceso a la información poniendo de relieve la existencia de dos modelos a nivel legal. La universalización del derecho y, en general, todas aquellas cuestiones que hacen referencia a su alcance y extensión se abordan en el mismo concluyendo que, en todo caso, 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 para realizar un balance integral, sino que es preciso atender al grado de implementación– en especial, en relación con la gestión de la información, la publicidad activa o las garantías– y al propio ejercicio ciudadano del derecho de acceso y la mayor o menor tradición democrática y de transparencia existentes en los distintos países.

Palabras clave:

Derecho a la información, publicidad pasiva, publicidad activa democracia representativa, naturaleza jurídica, control democrático de la ciudadanía, procedimiento, limitaciones al ejercicio de derechos, garantías.

Abstract:

The present study analyzes, in Spain and Latin America, the development and foundation of the right to access information, highlighting the existence of two models

¹ Este artículo es una versión actualizada de mi trabajo “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, publicado en la Revista *Derecho Comparado de la Información*, núm. 19, 2012, pp. 135-188. Me centro en esta ocasión exclusivamente en los instrumentos regionales, dejando esta vez al margen los regímenes nacionales de transparencia y acceso a la información.



at the legal level. The universalization of the law and, in general, all those issues that refer to its scope and extension are addressed in the same concluding that, in any case, the existence of constitutional recognition and laws of access to information and what their levels are “Regulatory density” is not the only data to consider to make a comprehensive balance, but it is necessary to pay attention to the degree of implementation - in particular, in relation to information management, active advertising or guarantees - and to the own citizen exercise of the right of access and the greater or lesser tradition of democracy and transparency in the different countries.

Key words:

Right to information, passive advertising, active advertising representative democracy, legal nature, democratic control of citizenship, procedure, limitations on the exercise of rights, guarantees.

SUMARIO: I.- LA EXPANSIÓN Y PRÁCTICA GENERALIZACIÓN DE LAS LEYES SOBRE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SU CONEXIÓN CON LA EXPANSIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. LA NATURALEZA IUSFUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA CULMINACIÓN DEL PROCESO EN EUROPA Y AMÉRICA CON LA APROBACIÓN DE INSTRUMENTOS REGIONALES DE REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO. II.- EL OBJETO DEL DERECHO: INFORMACIÓN OFICIAL ELABORADA O RECIBIDA POR LAS AUTORIDADES PÚBLICAS. III. LA TITULARIDAD DEL DERECHO: TENDENCIA A LA UNIVERSALIZACIÓN EN CONTRASTE CON SU FUNDAMENTO CONECTADO CON EL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LOS CIUDADANOS POR MOTIVOS PRÁCTICOS. IV. LOS SUJETOS OBLIGADOS: UN DERECHO FRENTE AL EJECUTIVO CON TENDENCIA A SU EXTENSIÓN A TODOS LOS SUJETOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS. V. LAS LIMITACIONES AL DERECHO: *NUMERUS CLAUSUS* E INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. VI.- EL PROCEDIMIENTO: ANTIFORMALISMO, AGILIDAD Y GRATUIDAD. VII.- GARANTÍAS: LA RELEVANCIA DEL PAPEL DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES DE CONTROL. VIII.- MEDIDAS COMPLEMENTARIAS: LA NECESIDAD DE GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO. IX.- LA PUBLICIDAD ACTIVA: LA REVOLUCIÓN INTERNET. X. BALANCE: UN IMPORTANTE NÚCLEO DE REGULACIÓN COMÚN CON DIFERENTES PRESUPUESTOS SOCIOLOGICOS

I.- LA EXPANSIÓN Y PRÁCTICA GENERALIZACIÓN DE LAS LEYES SOBRE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SU CONEXIÓN CON LA EXPANSIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. LA NATURALEZA IUSFUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA CULMINACIÓN DEL PROCESO EN EUROPA Y AMÉRICA CON LA APROBACIÓN DE INSTRUMENTOS REGIONALES DE REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO

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 escandinavos y por Estados Unidos y los países de su área de influencia anglófona. 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 Administración y ciudadano o del procedimiento administrativo. 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, Reino Unido y Alemania; en los países de Europa y de Asia que se encontraban en la órbita o integrados en la Unión Soviética hasta la caída del muro de Berlín y en las restantes zonas de América central y del sur, Asia, África y Oceanía. 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 en poder de la Unión Europea². Puede decirse, pues, que se ha generalizado a nivel mundial la existencia de leyes de transparencia y acceso a la información.

² 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. Permítaseme 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 *Transparencia y acceso a la información en Derecho europeo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, y la bibliografía allí citada.

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, por lo común, a la libertad de información³.

El listado y su orden cronológico muestran a las claras cómo el reconocimiento y desarrollo legal del derecho de acceso a la información pública está en directa relación con el nivel de democracia de los países –con excepciones, como la tardía apuesta por este género de leyes por grandes potencias europeas como Reino Unido o Alemania, o el caso de Suiza–, habiéndose incorporado los países una vez alcanzado un relativo nivel de consolidación del sistema de democracia representativa, habiendo sido de los últimos en incorporarse a la zaga países difíciles de clasificar en términos democráticos como China, Irán o Rusia, y restando por incorporarse, en términos generales, países de importancia menor en el escenario geopolítico internacional o en los que el sistema político es *sui generis*, y no responde al modelo de democracia representativa liberal, 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, las más de las veces, un impulso político nacido en contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental –el caso de EEUU, 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 son ilustrativos– o de nacimiento de nuevas democracias que tratan de distanciarse de anteriores regímenes –véase la cronología de su expansión en Latinoamérica, Europa del Este o el resto del mundo. En definitiva, pese a que los análisis políticos y económicos muestran a las claras las virtudes de la transparencia como medio, entre otros, para una gestión más eficaz de la *res publica*, 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, 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

³ 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*, núm. 10, 2007, pp. 57-84, FLORINI, A. (ed.), *The Right to Know: Transparency for an Open World*, New 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*, núm. 8, 2006, pp. 3-15; VILLANUEVA, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, Porrúa-UNAM, México DF, 2006.

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 en su seno 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 fundamental del derecho de acceso a la información pública, 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 derechos⁴. Y ello, en unos casos, como integrante de la libertad de información –en aquellas Constituciones y sistemas de derechos fundamentales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos– y en otros –los más modernos o recientemente reformados– como derecho autónomo⁵.

⁴ 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*, núm. 1, 2003, pp. 41-74 y en CENDEJAS JÁUREGUI, M., “El derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 15, 2010, pp. 3-47.

⁵ 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 (desde las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de abril de 2009, asunto Tárzaság a Szabadságjogokért, y de 16 de agosto de 2009, asunto Kennedy, interpretando el artículo 10 del Convenio) y de la Organización de Estados Americanos (desde la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 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 H. KRANENBORG y W. VOERMANS, *Access to Information in the European Union. A comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005, p. 11, catorce de los veinticuatro 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 6 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 organismos 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.”

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 núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (en adelante, Convenio 205). A 3 de noviembre de 2019 había sido firmado por diecisiete Estados, y ratificado por nueve de ellos, por lo que, cuando lo ratifique por su respectivo procedimiento nacional uno más de entre los firmantes, entrará en vigor⁶. 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), como modelo que puede inspirar regulaciones nacionales⁷.

A continuación, ofrecemos las conclusiones que se destilan de un estudio comparado de ambos modelos normativos, europeo y americano. 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 cuestiones afloran en cualquier aproximación al derecho de acceso y deben ser abordadas en cualquier proyecto que pretenda regular la materia, al margen de las especificidades y detalles presentes en cada regulación nacional, como son su objeto, titularidad, sujetos obligados, límites, procedimiento, garantías, mecanismos destinados a garantizar la efectividad del derecho, y, finalmente, obligaciones de publicidad activa, en directa relación con la publicidad activa en internet, que supone probablemente la gran revolución del siglo XXI en esta materia.

II.- 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 existente, si bien entendiendo por tal todo contenido, cualquiera que sea su soporte. La sociedad informatizada ha obligado a ampliar en la mayor parte de las normativas, o en su interpretación, el concepto 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.

⁶ Hasta entonces, el documento más importante lo constituía la Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial, carente de efecto vinculante y que ha inspirado en gran medida el Convenio. Los Estados que ya lo han ratificado son Bosnia y Herzegovina, Estonia, Finlandia, Hungría, Lituania, Montenegro, Noruega, Moldavia y Suecia. Los que lo han firmado pero no ratificado son Bélgica, Georgia, Islandia, Macedonia del Norte, San Marino, Serbia, Eslovenia, y Ucrania. Como puede verse, no lo han firmado países como Alemania, España, Francia, Italia, Rusia o Turquía, pese a tener leyes nacionales de acceso a la información.

⁷ 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.

Se apoya en este concepto omnicompreensivo de documento el Convenio 205⁸.

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” –así, 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”-.

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 venga a poner de manifiesto el interés público en conocer determinado tipo de información no extraíble con las herramientas existentes del sistema. 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. LESSIG⁹.

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 205¹⁰. Ya dentro de esta categoría, la tendencia más general 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 ha 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”.

Finalmente, el derecho de acceso se refiere mayoritariamente a los documentos en poder de la autoridad pública, hayan sido o no elaborados por ellas, siendo la opción mayoritaria en este segundo caso 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 residenciada en la autoridad que posee la información.

⁸ 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 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”.

⁹ *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, Nueva York, 1999 (El código y otras leyes del ciberespacio, Santillana, Madrid, 2001) y *Code version 2.0*, Basic Books, Nueva York, 2006 (*Código 2.0*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009).

¹⁰ 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.

III. LA TITULARIDAD DEL DERECHO: TENDENCIA A LA UNIVERSALIZACIÓN EN CONTRASTE CON SU FUNDAMENTO CONECTADO CON EL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LOS CIUDADANOS POR MOTIVOS PRÁCTICOS

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 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, si bien 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, y periodistas de investigación, y no de la mera curiosidad del ciudadano de a pie¹¹.

En esta línea, el Convenio 205 reconoce el derecho sin necesidad de acreditar interés alguno a toda persona, 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.

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

IV. LOS SUJETOS OBLIGADOS: UN DERECHO FRENTE AL EJECUTIVO CON TENDENCIA A SU EXTENSIÓN A 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

¹¹ 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 S. HOLSEN, “Journalists' Use of the UK Freedom of Information Act”, *Open Government: a journal on freedom of information* 2007, vol. 3, pp. 1-16, que señala el periodismo de investigación histórica, estadística o sobre ejecución de políticas como el mayor beneficiado.

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 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.

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 privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales o que desempeñan funciones o servicios públicos.

Quedan, pues, excluidos, mayoritariamente, los sujetos privados que ejercen actividades muy relevantes para la vida social pero que no tienen esta consideración, como ocurre con sectores claves, como los llamados servicios económicos de interés general, que fueron la mayoría de los casos servicios públicos antes de las privatizaciones, sometidos, eso sí, por su propia normativa, a obligaciones de información para con el público en general o para con la autoridad de control, de la que 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, más en un contexto en el que la opacidad ha generado algunos conocidos supuestos de gran trascendencia social y económica¹².

¹² Sobre el tema, M. SIRAJ, "Exclusion of private sector from freedom of information laws: implications from a human rights perspective", *Journal of alternative perspectives on social sciences*, volumen 2, núm. 1, 2010, pp. 211-226. Defiende que si bien los derechos fundamentales han dejado de ser exigibles 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*, núm. 14, 2009, pp. 111-168.

V. 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, maximizando 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 sean 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 exigirse gravedad–, la ponderación y la exigencia de autorización –p. ej., cuando contienen datos personales o cuando el autor del documento es un tercero, en algunos países–), y 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 período 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; se trata, 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 sea 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 sistema de lista cerrada, a saber: la protección de la seguridad nacional¹³; la defensa y las relaciones exteriores; la seguridad pública¹⁴; la prevención,

¹³ 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.

¹⁴ La Memoria ejemplifica en divulgación de documentos relativos a sistemas de seguridad de inmuebles y comunicaciones.

investigación y seguimiento de investigaciones criminales¹⁵; la instrucción de procedimientos disciplinarios; las tareas de vigilancia, inspección y control administrativo¹⁶; la vida privada y otros intereses privados legítimos¹⁷; los intereses comerciales y otros intereses económicos, privados o públicos¹⁸; la política económica, monetaria y de tipos de cambio del Estado¹⁹; la igualdad de las partes ante los tribunales y el buen funcionamiento de la justicia²⁰; el medioambiente²¹; las deliberaciones en el seno o entre autoridades públicas relativas al examen de un expediente²² 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, tan sólo permiten excluir el acceso cuando haya un riesgo de afección 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 en que hay que ponderar con el interés público en la transparencia. Además, los Estados pueden limitar temporalmente la aplicación de dichas excepciones.

El catálogo de excepciones de la Ley Modelo es exhaustivo distinguiéndose entre intereses privados (el derecho a la privacidad, incluyendo privacidad –parte, pues, de la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de la información que contiene datos íntimos–, incluyendo 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,

¹⁵ La Memoria aclara que se trata de impedir la obstaculización de investigaciones, que los delincuentes se sustraigan a la justicia o destruyan pruebas.

¹⁶ 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 o sanitarios o ambientales.

¹⁷ P. ej., 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 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Como, de acuerdo con la Memoria, la información referida a variaciones de tipos de cambio o financieras de carácter sensible para el mercado.

²⁰ 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

²¹ Como 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

²² 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”.

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. Además, 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.

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 datos²³.

VI.- 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 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 original 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, que 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 veinte y treinta 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

²³ Véanse, entre otros, CARPIZO Mc GREGOR, J., “Vida privada y función pública”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 3, 2004, pp. 61-71; HOLLRAH, R., “La protección de la privacidad frente a la transparencia gubernamental”, *Derecho Comparado de la Información*, 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*, núm. 8, 2006, pp. 45-52; GUICHOT, E., *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid, 2009.

de no otorgar un derecho de veto—. Respecto de ambas cuestiones, los países del norte son, por lo general, más avanzados.

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 solicitudes²⁴. La solicitud puede denegarse si a pesar de la ayuda de la autoridad pública la solicitud sigue siendo demasiado vaga para permitir la identificación del documento o si es manifiestamente irrazonable²⁵. 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 irrazonable²⁶. 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 accesibles²⁷. El acceso en las dependencias públicas debe ser gratuito, si bien los Estados pueden fijar

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Por ejemplo, si está publicado en Internet, pero en todo caso por caso 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.

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.

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 la autoridad que la recibe, de no estar en posesión de la información, debe redirigir a la que lo sea –en cuyo caso el plazo comienza a computar 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 veinte 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.

VII.- 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 como instrumento de participación y control ciudadanos 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 (opción que 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, atinentes al carácter más o menos directo de su legitimación democrática, la mayor o menor apariencia de independencia o las posibles dificultades en la elección); o 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 todas ellas 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 nacionales contemplan la posibilidad de un recurso administrativo previo, normalmente ante la instancia superior; que

la corriente más actual consiste en la creación de estas Autoridades de control, en muchos casos con 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 toda una panoplia de funciones de asesoramiento, aportación de recomendaciones, directrices o criterios generales y pedagogía del derecho de acceso, en muy diversas formas²⁸. 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 o ante 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.

La Ley Modelo resulta bastante detallada en materia de garantías. Prevé la necesaria existencia de “apelación interna”, 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.

VIII.- 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

²⁸ 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*, núm. 9, 2007, pp. 81-102.

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 nacionales 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 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 llevanza 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 tienen 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 (p. ej., 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 su conservación ni cuando esté en curso una solicitud de información que les afecte). Todas estas tareas, como aclara la Memoria, pueden confiarse, asimismo, a la Administración independiente. El Convenio se limita, en este punto, a diseñar principios muy generales en este punto, que debe quedar en gran medida a la autonomía y libertad y posibilidades de organización estatales.

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 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 preactiva 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.

IX.- 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 avanza 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 ya, como hemos visto, universalmente entendido como una exigencia democrática, las autoridades deben poner dicha información a disposición de todos *motu proprio*, en especial, aquella 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 preactiva, 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 pública, acompañado a menudo de 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 la publicación de la información que haya 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 un 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, 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 lecturas 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.

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* y la forma en que se publicarán, para minimizar la necesidad de que los individuos presenten solicitudes de información, que deben ser sometidos a la aprobación de la autoridad de control. Se fija qué documentos deben ser diseminados necesariamente de forma proactiva, de una forma amplia, atinente a cualquier documento normativo o de interpretación normativa, los mecanismos de presentación de solicitudes, peticiones o denuncias, 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, así como guías para el ejercicio del derecho de acceso, incluyendo los sistemas y tipos de información en poder de la autoridad y el registro de solicitudes y divulgaciones solicitadas 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.

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, que puede cruzarla con datos de distinta procedencia e inventar nuevas aplicaciones que a su vez pueden redundar, entre otros, en una mejor información a disposición de las autoridades públicas que le 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 occidentales, a Estados Unidos y a Reino Unido²⁹, que a su vez plantean el reto de garantizar la preservación de los intereses protegidos por las limitaciones acogidas en las leyes de acceso 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

²⁹ Una aproximación al fenómeno, en Estados Unidos, puede encontrarse en el estudio de los investigadores de la *Harvard Business School* LAKHANI, K. R., AUSTIN, R. D., YI, Y., *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, etc., 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 geoespaciales, ambientales, estadísticos, etc. 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), etc. En el Reino Unido, una iniciativa similar en <http://data.gov.uk/>.

disposición indiscriminada de datos la posibilidad de malas interpretaciones o de informaciones parciales o sesgadas³⁰, e incluso de afectación a valores fundamentales de la vida en sociedad³¹. Son riesgos y a la vez potencialidades para estimular la mejora de las políticas públicas, propios de una sociedad abierta.

X. BALANCE: UN IMPORTANTE NÚCLEO DE REGULACIÓN COMÚN CON DIFERENTES PRESUPUESTOS SOCIOLÓGICOS

Si bien puede hablarse de un núcleo importante de regulación común, evidentemente existen diferencias de “densidad” normativa. Puede, en línea de tendencia, constatarse que los países de Europa occidental continental han alumbrado, por lo general, regulaciones escuetas y de principios –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 modernas pero también “contenidas” como la alemana–. Por el contrario, las normas del mundo anglófono, como Estados Unidos o 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 disponible³². 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

³⁰ Véase, por ejemplo, LESSIG, L., “Against transparency”, *The New Republic*, 2009, <http://www.tnr.com/article/books-and-arts/against-transparency>, si 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 relacionada 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 de permite visualizar la relación entre contribución a las campañas electorales de los parlamentarios y 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 asocie 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 L. LESSIG, y que entronca expresamente con la desarrollada en el ámbito de la información al consumidor por los profesores A. FUNG, M. GRAHAM y D. WEIL, *Full disclosure. The perils and promise of transparency*, Cambridge University Press, 2008, es que es necesario tener presente que la información tiene valor para los ciudadanos cuando es relevante, completa y comprensible.

³¹ 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.

³² 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, H. y VOERMANS, W., *Access to Information in the European Union. A comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Europa Law Publishing, Groningen, 2005.

se inscriben mayoritariamente en la primera tradición y que, por su propia razón de ser, postulan el modelo de mayor transparencia posible³³.

En particular, cabe concluir que el Convenio 205 del Consejo de Europa, como es propio de esta categoría de normas, se presenta como un mínimo estándar común 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. En otros casos, se requeriría una revisión a fondo, cuando no una nueva normativa (es el caso, singularmente, de algunos países latinos). 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.

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*³⁴. 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.

³³ Singularmente, *Open Society*, controlada por Georges Soros, y su red de asociaciones, institutos y fundaciones.

³⁴ Véase al respecto los datos sobre número de solicitudes de acceso por año por país y *per capita* en el análisis de Overview of all FOIA laws – Sept 20 2010, en: <http://www.statewatch.org/news/2010/sep/foia-fringe-special-overview-sep-20-2010.pdf>. G. MICHENER, *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.