





EMILIO GUICHOT REINA

La transparencia en España: estado de la cuestión

En el actual grado de evolución democrática, la exigencia de una transparencia cada vez mayor de la actuación de los poderes públicos se ha generalizado. De hecho, la práctica totalidad de países democráticos ha ido aprobando normas generales en materia de transparencia. Sin embargo, en España la regulación general 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, como se verá, absolutamente deficitario. Sin embargo, no es la única norma sobre la materia; toda una serie de ellas, de diferente rango y de forma desconectada, regulan aspectos parciales. No obstante, todo parece indicar que en un futuro próximo se aprobará por fin una Ley de Transparencia y Acceso a la información. En estas páginas intentaré dar cuenta de lo que hay y formular algunas reflexiones sobre lo que podría venir. Todo ello lo haré de forma sintética, pues lo he analizado con detalle en otros trabajos¹, que ahora trataré de sintetizar y actualizar, y apoyándome en buena medida, en lo que de propósito tiene este trabajo, en las ideas y soluciones que aporta el Derecho europeo y comparado, que también he estudiado en diversos escritos a los que me remito².

Una mirada fuera de España: la expansión y práctica generalización a nivel mundial de las leyes sobre transparencia y acceso a la información

Como he puesto de manifiesto en otro lugar³, en las sociedades complejas de fines del segundo milenio y comienzos del tercero se ha ido generalizando la idea de que una sociedad democrática requiere que los ciudadanos, por sí mismos y a través de los medios de comunicación social, puedan conocer con la mayor amplitud cómo actúan los poderes públicos y, de ese modo, controlarles, detectar los malos funcionamientos y mejorar así la calidad de la gestión pública. Se trata, además, de un tema que parece estar al margen de las diferentes ideologías políticas o mejor dicho, ser previo a ellas, en la medida en que conecta con la base misma que permite su expresión, esto es, con la democracia.

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 escandinavos⁴ y por Estados Unidos y los países de su área de influencia anglófona⁵. En la actualidad, puede afirmarse que se ha generalizado a nivel mundial la existencia de leyes de transparencia y acceso a la información. A nuestros efectos, tiene particular importancia el contexto europeo, y, en particular, la normativa reguladora del acceso a la información aprobada por los demás Estados europeos, en los que puede hablarse ya de una generalización de la regulación del derecho de acceso y, singularmente, la dictada en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea⁶. Al respecto baste citar que en el sistema del Consejo de Europa ha habido una progresiva evolución en el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública, que ha tenido un punto de inflexión en el año 2009, en el que han coincidido su reconocimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como integrante del derecho fundamental a la libertad de expresión e información consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH); y su regulación mediante un instrumento vinculante, el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (en adelante, Convenio 205), abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009, que establece un mínimo estándar europeo. Por su parte, en la Unión Europea, en las dos últimas décadas se ha ido construyendo todo un trenzado normativo, al máximo nivel “constitucional” –con reconocimiento en los Tratados y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales– y con desarrollo “legal” (hoy, en el Reglamento 1049/2001, actualmente en curso de revisión), y “reglamentario” (en los Reglamentos internos de cada institución, órgano, organismo o agencia), todo ello utilizando las categorías clásicas nacionales aún no reconocidas formalmente en la Unión, tras el fracaso en la ratificación del Tratado por

el que se aprueba una Constitución Europea. A ese trenzado normativo, interpretado por una jurisprudencia en general progresista, se ha unido otro organizativo y tecnológico al servicio de la efectividad del derecho.

En síntesis, los países política, social y económicamente más desarrollados actuaron como pioneros, pero, en la actualidad, países de todos los continentes y organizaciones internacionales y regionales se han sumado a este movimiento por la transparencia, 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 información⁷. 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 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 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 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. De este modo, el derecho de acceder a la información pública es una conquista que solo 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. 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, completud, 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 transparencia⁸. Son factores extrajurídicos que condicionan la mayor o menor identidad entre norma y realidad, objeto de estudio por otras disciplinas complementarias, y excede con mucho de nuestras posibilidades.

La evolución normativa en España: incoherencias y necesidad de una intervención legislativa urgente

España es uno de los escasísimos países occidentales que carece de una ley de acceso a la información pública. En realidad, hay que hacer una aclaración importante, a veces desconocida o soslayada: en España sí hay una regulación específica del derecho de acceso a la información pública y múltiples leyes sectoriales que incorporan medidas de transparencia. El problema es la manifiesta insuficiencia de la primera y la falta de conexión y adaptación a la era digital de las segundas.

La primera singularidad es que la Constitución Española fue de las primeras en mencionar, en su artículo 105.c), la necesidad de regular por ley “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

La segunda, especialmente en contraste con la primera, es la absoluta deficiencia e incoherencia de la regulación legal “en paralelo” que llevan a cabo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), y que ha dado origen a una extraordinaria confusión en una cuestión básica que debiera estar meridianamente clara en pro de la seguridad jurídica, cual es la de la normativa aplicable a las solicitudes de acceso a la información.

- Por una parte, el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común regula el derecho “a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos [...] siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”. Como puede verse, la Ley no distingue en función de la

antigüedad del documento o el tipo de archivo en que se encuentre, salvo, en su apartado 5.g) para excluir de su regulación “la consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos” y, es más, regula la modalidad de consulta directa de los expedientes “cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante”. De todo ello parecería concluirse que esta Ley regula el acceso a cualquier documento administrativo, salvo los obrantes en archivos históricos (incluyendo, por tanto, los que se hallan en archivos de oficina o de gestión, generales o centrales e intermedios).

- Por otra parte, y en contraste, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)⁹, pese a considerar que cualquier documento administrativo forma parte del mismo, cualquiera que sea su antigüedad y el tipo de archivo en el que obre, parece regular en su artículo 57 el régimen sustantivo del acceso a los documentos administrativos solo una vez abandonan los archivos de oficina o de gestión y pasan a los centrales¹⁰, y remite al desarrollo reglamentario las condiciones para la realización de las consultas y la obtención de reproducciones. Por tanto, parece deducirse que regula el acceso a los documentos obrantes en archivos generales o centrales, intermedios e históricos. Han tenido que pasar más de veinticinco años para que el Gobierno se haya decidido a llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la regulación legal de los archivos, por Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso (RDA). Pues bien, esta norma distingue, siguiendo la clasificación estandarizada, entre archivos de oficina o de gestión, generales o centrales, intermedio e histórico¹¹ y regula en su Capítulo IV el “Procedimiento de acceso a documentos y archivos”¹², que se aplica a todos los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o de gestión. Nos parece que hay que ver aquí un intento de salvar esta contradicción legal y de apostar por la lógica del artículo 57 LPHE y que, por tanto, y hasta que por ley se imponga un poco de cordura y se modifique la LPHE para retirar la condición de patrimonio histórico a todo documento administrativo, de una parte, y la LRJAP-PAC para aclarar que el derecho de acceso allí regulado se refiere solo a los archivos de oficina o de gestión, cabe sostener que el régimen sustantivo y procedimental de acceso a los documentos que obran en archivos de oficina o gestión es el establecido en el artículo 37 LRJAP-PAC mientras que si se encuentran en archivos centrales, intermedios e históricos es el establecido en los artículos 57 LPHE y 23 a 28 RDA.

Por lo demás, y antes de iniciar con detalle el estudio de esta doble regulación legal, debe ya anticiparse que la regulación del artículo 37 LRJAP-PAC tiene graves deficiencias y lagunas: se limita a documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados, establece restricciones adicionales a las previstas en la Constitución, inclusivas de una cláusula abierta (según la cual el

ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley) que hace depender la efectividad del derecho, *de facto*, de una decisión discrecional de la administración, máxime cuando el mismo se condiciona, además, a que su ejercicio no merme la eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos. A todo esto hay que sumar la falta de regulación del procedimiento o de creación de instituciones de tutela que liberen al demandante de información de tener que acudir a un costoso y lento proceso judicial con efectos disuasorios. Todas estas trabas y condicionantes sitúan a la regulación española en la retaguardia de las modernas regulaciones de acceso. No es de extrañar, en consecuencia, que esta regulación, defectuosa e introducida sin autonomía en una norma “burocrática”, haya pasado desapercibida y haya sido incapaz de generar una cultura de la transparencia, ni en los ciudadanos ni en la Administración¹³.

En los diversos programas presentados por los partidos para las elecciones generales de 2008, el PSOE, CiU y Ciudadanos proponían la aprobación de una ley de acceso e IU una reforma de la regulación actual en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Diversos acontecimientos dieron a entender de que en la pasada legislatura se aprobaría dicha Ley, que a nuestro juicio, podría haber obtenido un alto grado de consenso parlamentario¹⁴. Incluso, en el verano de 2010, aparecieron en la prensa noticias con detalles del contenido de un anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información y de su aprobación inminente, y en la página web de una organización no gubernamental dedicada a la transparencia el propio texto del Anteproyecto¹⁵, del que hizo eco la doctrina¹⁶. Y el propio Congreso de los Diputados instó al Gobierno a presentar en ese mismo año un proyecto de Ley¹⁷. Nada cuajó, sin embargo, en dicho año 2010, por razones desconocidas, y en 2011 puede decirse que la “transparencia” se convirtió en una de los eslóganes de moda de las reivindicaciones sociales ante la crisis política, económica e institucional¹⁸ y, al calor de ellas, todos los grupos parlamentarios se hicieron eco, se “subieron al carro” y aprobaron por unanimidad el 20 de junio de 2011 una moción por la que instaban al Gobierno a presentar un proyecto de ley antes de agosto de ese mismo año (junto con la previsión de “aprovechar el trámite parlamentario de la ley para examinar las medidas que sean necesarias para profundizar en la democracia y la participación política, además de la transparencia y control de las instituciones democráticas” y de “tramitar con la máxima celeridad y diligencia” una proposición en materia de reforma de la Ley de financiación de partidos políticos). Apenas una semana más tarde, el 28 de junio, el grupo parlamentario popular presentaba una proposición de ley, en buena medida tributaria del Anteproyecto que el Gobierno elaboró un año antes¹⁹, y un mes más tarde, el 29 de julio, el Gobierno aprobó un nuevo Anteproyecto, sobre la base del anterior pero

con diversos retoques. Justo el mismo día en que se anunció la convocatoria de elecciones anticipadas. Se trata, pues, de un gesto de cara a la galería por parte de los dos grupos mayoritarios, tratando de apuntarse a la bandera de la transparencia, ahora de moda. Había comenzado, tras décadas de inacción, una carrera vertiginosa que proseguiría con la inclusión de la aprobación de una nueva Ley en todos los programas electorales de 2011 y continuaría con la presentación, nada más inaugurada la actual legislatura, de sendas proposiciones de ley por parte del grupo parlamentario socialista (coincidente en su texto con el último Anteproyecto)²⁰ y de Unión Progreso y Democracia (más centrado en la lucha contra la corrupción)²¹. Por su parte, las comunidades autónomas, que habían tenido como precursoras la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, parecen también sumarse a esta corriente (siendo de destacar el Borrador de Anteproyecto de Ley foral de la transparencia y el gobierno abierto, muy avanzado y que toma parte del contenido del Anteproyecto del Gobierno socialista, añadiendo muchas medidas de publicidad activa y *open government*, enlazando así transparencia y participación, eso sí, sin contemplar la existencia de una autoridad independiente).

Todas estas iniciativas han venido, en realidad, a unirse “a toro pasado” a las demandas de una Ley de Transparencia venían haciendo los medios de comunicación²², la sociedad civil organizada²³ y algunos académicos²⁴.

En definitiva, en conexión con lo que antes apuntamos, parece evidente la necesidad perentoria de una nueva regulación, sea mediante la reforma de la regulación existente o sea mediante la aprobación de una ley específica. Esta última solución es la solución más común en el Derecho comparado y puede tener el potencial de destacar la importancia de la materia y contribuir a crear una cultura de la transparencia administrativa. Además, *a priori* y a la vista de los datos antes señalados, se trata de una iniciativa en torno a la cual puede obtenerse un alto grado de consenso político, mediático y social. Se ha creado finalmente el clima político, social y económico que, como antes apuntamos, ha actuado de acicate (“a la fuerza ahorcan”) en otros países para la aprobación de este género de leyes. Eso sí, con décadas de retraso.

La naturaleza del derecho de acceso a la información

A nivel mundial, se ha alcanzado un consenso jurídico acerca de la naturaleza *ius-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 derechos²⁵. Y ello, en unos casos, como integrante de la libertad de información —en aquellas constituciones y sistemas menos recientes—²⁶ y en otros como derecho autónomo²⁷.

El artículo 105.b) de la Constitución llama a la ley a regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. No se inserta en el Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”), sino en el IV (“Del Gobierno y de la Administración”), lo que ha dado origen a una polémica doctrinal en torno a si se trata de un derecho autónomo o, por el contrario, de una manifestación de la libertad de información, de la que hemos dado cuenta en otro trabajo²⁸. Como conclusión cabe decir que el derecho de acceso a la información se considera un derecho fundamental, vinculado a la libertad de información o autónomo. Por la peculiar distinción entre categorías de derechos propia de nuestra Constitución y la ubicación del artículo 105, el tratamiento en nuestro Derecho ha sido el de un derecho autónomo que puede regularse por ley ordinaria y no susceptible de amparo, si bien la interpretación del derecho fundamental a la libertad de información a la luz del Convenio permitiría abordar una nueva perspectiva, que sería en todo caso la idónea, si se pretende extender su ámbito subjetivo a todos los poderes públicos de cualquier ámbito territorial, y dotarlo de la mayor garantía que supone la reserva de ley orgánica y el recurso de amparo. Caben, a nuestro juicio, en nuestra Constitución y su interpretación a la luz del Convenio ambas posibilidades.

El objeto del derecho

La Constitución se refiere al acceso a los archivos y registros administrativos. Como vimos, del impreciso y oscuro conjunto normativo parece deducirse que el acceso a los documentos que obran en archivos de oficina o gestión y en registros es el establecido en el artículo 37 LRJAP-PAC mientras que si se encuentran en archivos centrales, intermedios e históricos, estos últimos solo si sus reglas específicas de acceso no son más favorables²⁹, es el establecido en los artículos 57 LPHE y 23 a 28 RDA³⁰. Por lo demás, el artículo 37.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) contiene una serie de limitaciones que no se encuentran presentes, con carácter general, en el Derecho europeo ni comparado y que suponen graves restricciones al Derecho, injustificadas y unánimemente criticadas por la doctrina: exige la integración del documento en un expediente y de este en un archivo –sin que, por lo demás, exista una definición legal de ambos conceptos, ni una regulación general del proceso de conservación, destrucción o archivo de la documentación– y limita, además, el acceso a los expedientes referidos a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud, lo cual supone una restricción injustificada del Derecho que debe eliminarse, con independencia de la compatibilidad de esta eliminación con la previsión de excepciones que pueden ser de

aplicación y, en especial, de la relativa al acceso a documentos que pueda suponer un perjuicio efectivo para la adecuada toma de decisiones por parte de la Administración, como existe en el Derecho europeo y comparado³¹.

Conforme al Derecho europeo y comparado, una nueva regulación de la transparencia y el acceso a la información debe referir el objeto del derecho bien a la información, poniendo límites de concreción, o bien a los documentos, entendidos en el sentido más amplio, incluyente de la información obrante en bases de datos que pueda obtenerse con tratamientos sencillos, debiendo articularse la configuración de las bases de datos de forma que puedan dar respuesta a las peticiones de información más reiteradas o destacadas, incluir cualquier información o documentación, final o preparatoria, sin perjuicio de la posible aplicación de límites para preservar la efectividad del proceso de toma de decisiones, y referir el derecho a cualquier información o documentación en poder de los sujetos obligados, haya sido o no generada por estos.

La titularidad del derecho

El artículo 105 CE atribuye el derecho a “los ciudadanos”, fórmula que reitera el artículo 37 LRJAP-PAC, si bien, como ha señalado la mejor doctrina especializada en el tema (Fernández Ramos, 1997:391), la utilización de dicho término en la LRJAP-PAC “responde a una cierta finalidad de ‘política legislativa’, de estilo, de lo que da perfectamente cuenta el debate parlamentario de la ley”, ley que por lo demás incluye a las personas jurídicas y a los extranjeros en la posibilidad de reconocimiento de la condición de interesado en los procedimientos, con los derechos anexos, entre ellos, el de acceso al expediente³². Sin embargo, el art. 57 LPHE no delimita el campo de los titulares del derecho pero sí lo hace el artículo 23 RDA, atribuyéndolo a “toda persona”.

Conforme al Derecho europeo y comparado, una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debería reconocer el derecho a cualquier persona, sin limitación en razón de la nacionalidad o la residencia ni necesidad de acreditar interés alguno ni de motivar obligatoriamente su petición, en el caso de la información previa solicitud.

Los sujetos obligados³³

El artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común desarrolla el derecho en relación con su propio ámbito de aplicación, definido en su artículo 2, esto es, la Administración estatal, autonómica y local y las entidades de

derecho público con personalidad propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas cuando ejerzan funciones públicas³⁴. Es, pues, una concepción objetiva basada en la personalidad jurídico-pública. Por el contrario, el art. 57 LPHE, por referencia al artículo 49.2 de dicha Ley, se refiere al derecho de acceso a los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios, ampliando así el espectro de obligados.

En línea con el Derecho comparado y comunitario, una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debería incluir en su ámbito de aplicación 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, y a las personas privadas físicas y jurídicas en la medida en que ejerzan funciones públicas, presten servicios públicos o funcionen gracias a fondos públicos. Ello obliga, por lo demás, a diseñar un procedimiento completo de acceso, dado que algunos de estos sujetos no se rigen por la Ley de Procedimiento Administrativo.

Las limitaciones

El artículo 105.b) CE establece como límites al acceso a los archivos y registros “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Tanto la LRJAP-PAC como la LPHE retoman estas excepciones, y las amplían.

- La primera es la referida a la *seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos*. En relación con ella, el artículo 37 LRJAP-PAC que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los expedientes “que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado” (aunque a la vez, remite a su normativa específica el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas) y los “tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando”. Por su parte, el artículo 57 LPHE establece como excepción a la libre consulta la de “los documentos que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o cuya difusión pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos”. En estos casos, no obstante, conforme

dispone la LPHE cabrá solicitar autorización administrativa para el acceso, que podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia³⁵. El RDA añade en su artículo 26 a la averiguación de los delitos “la tutela judicial efectiva de ciudadanos e instituciones”, lo que supone un exceso reglamentario en materia de reserva de ley. En su artículo 27 RDA establece que en el caso de los documentos clasificados es precisa una decisión de desclasificación por el órgano competente para realizarla (por lo que parece que no cabe autorización singular manteniéndose la clasificación) y, en los demás, cuando se trate de documentos o series documentales que incorporen marcas de reserva o confidencialidad, que “el órgano competente para resolver remitirá la solicitud a su superior jerárquico o, según lo que establezcan las normas de organización de los respectivos departamentos ministeriales y entidades de derecho público, al órgano que realizó la declaración de reserva o confidencialidad, para que decidan sobre la concesión de autorización de la consulta” (por tanto, no puede resolver por sí mismo)³⁶. Se ha alterado así lo previsto por la LPHE, por lo que cabe plantearse la legalidad del RDA en este punto.

- La segunda gran excepción es la referida a *la intimidad de las personas*. El artículo 37 LRJAP-PAC dispone al respecto que el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas está reservado a estas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, pueden exigir que sean rectificadas o completadas, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno. Esta categoría de los documentos que atañen a lo “íntimo”, a la que se equipara lo relacionado con expedientes sancionadores o disciplinarios, se distingue de la de los documentos “nominativos” que “figuren en los procedimientos de aplicación del derecho que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos”, en cuyo caso el acceso “podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”. Por su parte, el artículo 57 LPHE dispone que “Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos”. La indeterminación que luce en este precepto (¿quién tiene que acreditar la fecha de la muerte de un tercero?; ¿el solicitante de acceso?; ¿cómo debe hacerlo si el Registro Civil le veda esta información y reserva solo el acceso a los familiares? Si no se acredita, ¿basta con que hayan

transcurrido cincuenta años desde la fecha de los documentos aunque el afectado esté aún vivo o lleve menos de veinticinco años fallecido?) parece haber conducido a establecer como regla general la de los cincuenta años desde la fecha de los documentos. El asunto se ha hecho candente a partir de la normativa sobre memoria histórica. Para intentar aclarar el panorama, el RDA ha procedido a una regulación sustantiva de esta materia, en su artículo 28, conforme al cual si el dato del fallecimiento no consta (debe entenderse, al responsable del archivo) “el interesado deberá aportar la correspondiente certificación expedida por el Registro Civil”. Ahora bien, “cuando no fuera posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento y el documento o documentos solicitados posean una antigüedad superior a cincuenta años, el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa sobre protección de datos”. Y, en el caso de los documentos meramente nominativos, “será posible cuando la persona haya fallecido o cuando el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso”, que se entenderá presente en “quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos y los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística”. Además, contempla la posibilidad de disociación y posterior concesión del acceso y precisa que la información que contenga datos personales únicamente podrá ser utilizada para las finalidades que justificaron el acceso y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos. En definitiva, ante la indeterminación de la LPHE, la inexistencia de mecanismos por el que los terceros puedan obtener acreditación del fallecimiento de una persona, y con voluntad de compatibilizar la regulación con la normativa sobre protección de datos (ante el absoluto y reiterado desconocimiento entre los bloques normativos del acceso y de la protección de datos³⁷), el RDA se ha decidido por establecer *motu proprio* una modalización del régimen de la LPHE, exigiendo del responsable del archivo una ponderación entre la publicidad, por una parte, y la intimidad y la seguridad, de otra, en los casos de documentos de más de cincuenta años de antigüedad relativos a personas de las que se desconocen si han fallecido o no, y en caso afirmativo, en qué fecha. Ponderación que no existe en la LPHE, que prevé en estos casos el otorgamiento del acceso. Y el RDA establece que, incluso en el caso de datos que no pertenecen a la intimidad pero son personales, hasta tanto el afectado no haya fallecido (lo cual, como se ha dicho, no podrá el tercero demostrar) tampoco el acceso es libre, sino que está reservado a los interesados, considerándose como tales a quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos (se entiende, excluido el propio derecho de acceso, que es considerado implícitamente instrumental) y los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística. Como puede comprobarse, se trata de

una regulación material del derecho de acceso más restringida de la contenida en el artículo 57 LPHE que pretende compatibilizar transparencia y protección de datos, pero que probablemente excede de los límites reglamentarios e invade de este modo la reserva de ley.

Junto a estas excepciones, que se contemplan como vimos en el artículo 105.b) CE, el artículo 37 LRJAP-PAC establece otras suplementarias, al disponer que el derecho de acceso no puede ser ejercido respecto a los expedientes:

- 1) que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho administrativo, lo cual resulta coherente con el ámbito de aplicación de la propia LRJAP-PAC, delimitado en su artículo 2, por o que puede reputarse innecesaria;
- 2) los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial;
- 3) los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria³⁸.

Junto a todas estas excepciones (que se configuran como absolutas, por bloques de materias, contra lo que es común en el Derecho comparado e impone la propia lógica maximizadora de los derechos), el artículo 37 LRJAP-PAC contempla una cláusula general, que ha sido objeto de crítica también general, que compartimos, según la cual el ejercicio del derecho puede ser denegado “cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

También el RDA ha matizado otras limitaciones.

En conclusión, es necesario regular en una futura Ley de Transparencia y Acceso a la Información una lista cerrada de excepciones, de aplicación restrictiva, en línea con las comunes al Derecho comparado y europeo, pues comunes son las necesidades de compatibilizar transparencia y protección de intereses públicos y privados en cualquier sistema jurídico. Debería, además, armonizarse la regulación de las relaciones entre protección del interés público en la seguridad y la defensa y transparencia en dicha Ley y en la Ley que regule los Secretos Oficiales, que debería reformarse para adecuarla a los estándares europeos modernos, sin que sea necesario –aunque no descartable– incluir en un mismo texto normativo ambas regulaciones. En lo que hace a las relaciones entre publicidad y privacidad, deben acogerse una serie de principios: preferencia de la normativa sobre transparencia y acceso cuando el solicitante es distinto del sujeto afectado, prevalencia de la privacidad cuando están en juego datos íntimos y de la publicidad cuando se trate de datos relacionados con la organización, el funcionamiento o los gastos públicos y normas de procedimiento que permitan ponderar correctamente los intereses en juego en casos límite.

El procedimiento

El artículo 37 LRJAP-PAC no contiene indicación alguna de procedimiento: ni plazo, ni sentido del silencio, ni intervención de terceros, etc. Todo queda sometido, pues, a la aplicación de los principios generales contenidos en la propia Ley 30/1992 (entre ellos, el plazo de tres meses y el silencio positivo que actúan como regulación subsidiaria en ausencia de previsión normativa específica). Tan solo dispone la necesidad de concreción de la solicitud³⁹, con la posibilidad excepcional de autorizar el acceso directo a los investigadores⁴⁰, y el derecho a obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

El artículo 57 LPHE tampoco regula el procedimiento, para lo que remite al desarrollo reglamentario que, a nivel estatal, ha llevado a cabo el RDA, en sus artículos 23 al 32, como dijimos, limitado a los archivos estatales que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión.

Puede destacarse:

- a) La obligación de asistencia al solicitante de información que pesa sobre el responsable del archivo, teniendo en cuenta las necesidades especiales de algunos colectivos (poco instruidos, discapacitados, etc.).
- b) La solicitud puede presentarse por cualquier medio, incluido los electrónicos, existiendo a tal efecto modelos normalizados, que permita la constancia de los documentos a que se refiere, la identidad del solicitante y una dirección a efectos de comunicaciones.
- c) No es necesario motivar la solicitud, lo que puede hacerse, eso sí, facultativamente (para una mejor ponderación cuando puedan existir motivos de limitación al libre acceso).
- d) Con el fin de facilitar la identificación de los documentos solicitados, el responsable del archivo pondrá a disposición del público los instrumentos de referencia y descripción de los fondos documentales que lo integran, con excepción de los que en aplicación de las limitaciones legalmente previstas no deban constar (debe entenderse que porque su sola mención suponga un atentado contra el bien que se pretende salvaguardar con la reserva, y no, pues, en todo caso, como por lo demás aclara el artículo 26.2 al regular el acceso restringido). Se trata del tema, crucial, de la existencia de registros y ficheros (tendencialmente, informatizados) que permiten una localización de la documentación.
- e) En caso de que la solicitud se refiera a documentos que no obren en poder del órgano al que se dirige, será remitida de oficio al que los posea, si se conoce, dando cuenta de ello al solicitante.

- f) Serán inadmitidas las solicitudes que se consideren abusivas por su carácter manifiestamente irrazonable o repetitivo.
- g) Los documentos y series documentales de acceso restringido, por concurrir una limitación, quedan excluidos de pública consulta y es necesario obtener autorización individualizada en cada caso, que permita la ponderación singular. Se puede también restringir el acceso a documentos y series documentales que no hayan sido previamente catalogadas como de acceso restringido cuando el responsable del archivo considere que a su juicio y a la vista del contenido pueden incurrir en alguna de las limitaciones previstas por la ley.
- h) Las resoluciones de las solicitudes de acceso y de consulta directa se notifican por escrito al solicitante, con indicación de los recursos que procedan contra las mismas, el órgano administrativo o judicial ante el que deban interponerse y el plazo para hacerlo. En el supuesto de ser estimatorias, especificarán la forma y, en su caso, el plazo en el que se facilitarán al interesado los documentos solicitados o será posible la consulta directa. Las resoluciones denegatorias serán motivadas. Cuando la indicación de la existencia o no del documento solicitado suponga incurrir en alguna de las limitaciones al acceso, se desestimará la solicitud, informando al interesado de esta circunstancia.
- i) Las solicitudes deben resolverse y notificarse lo antes posible, y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la recepción por el órgano competente para tramitarla. En todo caso, se tramitarán con carácter preferente las solicitudes que tengan por objeto el acceso a documentos necesarios para el ejercicio de derechos (se presupone, diferentes al propio derecho de acceso, que no es necesariamente instrumental). En estos casos, debe también presuponerse que las solicitudes vengán motivadas y de esta forma se permita conocer qué derechos pretenden ejercerse. En el caso de solicitud de acceso a documentos, cuando el volumen de lo solicitado, su emplazamiento o las dificultades para su reproducción así lo justifiquen, el plazo para resolver puede ampliarse por otro mes, informando de esta circunstancia al solicitante. El cómputo del plazo para resolver se interrumpe cuando se requiera al solicitante la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos, especialmente los relativos al consentimiento de los afectados o cuando una norma exija autorización específica. La interrupción del plazo debe comunicarse al interesado.
- j) Se establece el silencio positivo, lo que, como hemos desarrollado en otro lugar⁴¹, va contra la norma en el Derecho comparado y contra la propia lógica de la existencia de limitaciones, que se verían defraudadas en caso

de concesión automáticas por silencio con el consiguiente sacrificio de los intereses tutelados por dichas excepciones. Evidentemente, al tratarse de solicitudes de información, un silencio positivo no otorga por sí mismo el acceso, pero sí el derecho a hacerlo y a exigirlo de la Administración y el deber consiguiente de esta exigible, en su caso, por vía judicial, alegando inejecución de un acto firme. Debe recordarse que en estos casos no corresponde a los tribunales resolver a la vista de los elementos de fondo, esto es, ponderar la transparencia y los bienes y derechos en juego, sino tan solo comprobar la firmeza del acto y su inejecución, por lo que la regla del silencio positivo resulta a todas luces inasumible.

- k) En cuanto a las modalidades de acceso, se regula la posibilidad excepcional de autorización de entrada en el archivo y consulta directa para quienes acrediten un interés histórico, científico, estadístico y cultural relevante (no se habla de profesionales de la investigación), que puede someterse a condiciones y denegarse en razón de las necesidades de los servicios o de la garantía del carácter restringido de determinados fondos. Cuando existan reproducciones de los documentos solicitados, será esta la forma de acceso como norma general, salvo que se autorice el acceso a los originales cuando la materia o circunstancias de la investigación lo justifiquen y el estado de conservación de los documentos lo requiera. Como regla general, se reconocerá también el derecho a obtener copia de los documentos solicitados, salvo en los siguientes supuestos: a) cuando los documentos no sean de libre consulta; b) cuando no resulte posible realizar la copia en un formato determinado debido a la carencia de equipos apropiados o al excesivo coste de la misma; y c) cuando la reproducción suponga vulneración de los derechos de propiedad intelectual. La resolución que conceda el acceso expresará si es posible la obtención de copias y las condiciones de uso de las mismas. La expedición de certificaciones y copias y la transposición a formatos diferentes del original podrá someterse al previo pago de las exacciones que estén legalmente establecidas en la normativa sobre tasas y precios públicos.

En una nueva Ley de transparencia y acceso a la información sería necesario diseñar un procedimiento 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 originar diversas tareas, como la búsqueda, revisión, reproducción y/o el envío, con mínimas formalidades para la presentación de solicitudes, que pueden hacerse por medios electrónicos, auxiliando al ciudadano para el ejercicio de su derecho, sin exigir en casi ningún caso la expresión

de motivación alguna y con previsión de mecanismos que permitan el traslado de las solicitudes a los órganos que poseen la información. 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. Cuando haya terceros afectados, debe dárseles entrada en el procedimiento para mejor ponderar, sin por ello otorgarles un derecho de veto. El silencio debe tener valor negativo. Los solicitantes deben poder escoger la modalidad de acceso, siempre que sea razonable y 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 garantías

Al margen de la garantía judicial última y de la posibilidad de queja ante el Defensor del Pueblo, una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debería prever la creación de una institución que permita una respuesta independiente, rápida y eficaz a las reclamaciones de los ciudadanos. En nuestro actual sistema institucional y en nuestro modelo político descentralizado, nos parece la mejor fórmula la creación en el ámbito estatal de una institución colegiada de nombramiento parlamentario de acceso a la información, dejando a las comunidades autónomas la decisión, en el ejercicio de sus competencias de autoorganización, sobre el modelo más adecuado en su ámbito, en el que podría funcionar de forma económica y jurídicamente muy eficaz la fusión de sus competencias con las de protección de datos.

En España, ni la LRJAP-PAC ni la LPHE ni el RDA han establecido previsiones específicas en materia de garantías, por lo que se rige por el sistema de recursos ordinarios administrativo y contencioso-administrativo, como ocurre también en materia ambiental y de reutilización. Sin embargo, la normativa sobre protección de datos sí prevé la existencia de agencias estatales y autonómicas sobre esta materia, que a menudo conocen asuntos relacionados con la comunicación pública de datos personales.

A mi juicio, se trata de una decisión político-administrativa con pros y contras y que debe respetar, en todo caso, en el ámbito autonómico y local, la potestad autonómica para autoorganizarse y para desarrollar el régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

En nuestra realidad, debe tenerse en cuenta, me parece, que la extensión de la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a las cuestiones sobre transparencia y acceso a la información cuenta con los siguientes inconvenientes:

1. La AEPD tiene un conocimiento especializado en protección de datos. Por tanto, la materia de acceso a la información pública le es ajena, salvo en lo tocante a su conexión con los datos personales. En particular, no pertenecen a su acervo de conocimientos las materias que se anudan a otro tipo de limitaciones al acceso (relaciones exteriores, seguridad pública, persecución de los delitos...).
2. La AEPD ha nacido como institución especializada en la protección de los datos. Al extender su competencia a la información, se corre el riesgo (que se ha hecho sentir en otros sistemas) de que continúe actuando en una lógica “defensiva” y lleve a cabo por ello una interpretación restrictiva del principio de transparencia y publicidad cuando la información contiene datos personales.
3. La AEPD ejerce sus competencias no solo respecto a entidades públicas, sino también respecto a sujetos privados, pues a ambos se le aplica la LOPD, mientras que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene como obligados a sujetos públicos y solo excepcionalmente a sujetos privados cuando ejercen funciones públicas, por lo que los sujetos controlados bajo una y otra ley son diferentes.
4. La AEPD tiene ya una importante carga de trabajo, pues su competencia se extiende a todos los ficheros públicos salvo los autonómicos y locales de comunidades autónomas que hayan creado sus propias agencias y a todos los privados, cualquiera que sea el lugar donde están ubicados, junto con competencias sobre videovigilancia o sociedad de la información.

En caso de que se decidiera atribuirle la competencia sobre transparencia y acceso a la información habría, pues, que intentar combatir las mencionadas desventajas. Respecto a los dos primeros puntos, sería necesario fijar que la Agencia integrara claramente la idea de que en adelante es una entidad de transparencia y protección de datos. Se requeriría una nueva cultura que fuera acompañada de una nueva organización interna que reflejara esta dualidad y, en su caso, de un reciclaje formativo de una parte de su personal. En relación con los dos últimos aspectos, sería necesario dotar a la Agencia con un incremento de medios personales y tal vez materiales, e incidir en la formación sobre las nuevas materias. Parece claro que ello no implicaría una duplicación de costes y que, por tanto, no quedaría anulado el objetivo de ahorro presupuestario, pero sí hay que asumir que no se puede extender la competencia de la AEPD con coste cero.

Sin embargo, y desde un punto de vista de política organizativa y eficacia presupuestaria, sí me parece más evidente que la unificación de competencias estaría más claramente justificada en el caso de las agencias autonómicas, en la medida en que muchas de esas desventajas no concurren o lo hacen en menor medida. En efecto:

1. En el ámbito autonómico, la protección de datos es la principal limitación a la transparencia, dado que muchas de las restantes, como las antes relacionadas, son en principio ajenas al ámbito de competencias de las comunidades autónomas.
2. El modelo de agencias autonómicas está aún, en gran medida, por desarrollar, pues, si bien han sido incluso previstas en la mayor parte de la nueva generación de estatutos de autonomía⁴², la realidad es que por el momento solo se han creado tres, la madrileña, la catalana y la vasca, por este orden temporal, todas ellas, además, más recientes que la española, por lo que es posible aún crear o adaptar (en estos tres casos) una institución que responda plenamente a esta doble lógica ponderada de la publicidad y de la privacidad.
3. Las agencias autonómicas ejercen sus funciones exclusivamente sobre ficheros públicos, porque así lo establece la LOPD y lo ha refrendado el Tribunal Constitucional en su sentencia 290/2000 –estableciéndolo, de forma probablemente excesiva, como una derivación necesaria del artículo 149.1.1 CE⁴³–. De este modo, y a partir de una concepción funcional del ejercicio de funciones públicas tanto en materia de acceso a la información como de protección de datos, se llega a una potencial coincidencia en el ámbito de los sujetos obligados.
4. Finalmente, y como consecuencias de las tres características diferenciales apuntadas, la carga de trabajo de las agencias autonómicas es inferior, por lo que podrían asumir razonablemente la competencia en materia de acceso a la información⁴⁴.

Medidas complementarias

En España, una auténtica falla del sistema ha sido la (falta de) regulación estatal de la gestión documental administrativa. En la doctrina española, Fernández Ramos ha explicado claramente en diversos escritos las “razones” históricas de la peculiaridad española acogida en el artículo 49.2 de la Ley de Patrimonio Histórico, que asocia los archivos –todos ellos, con independencia de la antigüedad de la documentación y de su valor histórico– al título competencial relativo al patrimonio cultural, y la enorme disfunción jurídica, organizativa y funcional que ello ha generado⁴⁵, y que trata de salvar, como hemos comprobado, el RDA, que fue aprobado por el Ministerio de la Presidencia y que adscribe el mismo a la Comisión de Archivos de la Administración General del Estado, órgano interministerial encargado de elaborar las instrucciones, recomendaciones, manuales y criterios para garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de archivos e impulsar la gestión coordinada de los mismos. Su Presidente es el Subsecretario del

Ministerio de la Presidencia y su Vicepresidente el Subsecretario del Ministerio de Cultura y en el que se integran representantes de dichos Ministerios y de los demás, así como de los Archivos General de la AGE y Provinciales. Además, en cada ministerio se constituyen Grupos de Trabajo adscritos a la Subsecretaría. En él se integran representantes de los Ministerios. A este órgano interministerial se adscribe ahora la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos como órgano consultivo superior. Este RDA ha dotado por fin de una regulación a nuestro sistema archivístico, al regular el Sistema Español de Archivos y el Sistema de Archivos de la AGE y de sus organismos públicos que esperamos suponga un hito en la modernización de la gestión de la información administrativa.

En lo que respecta a la estructura organizativa al margen de la regulación archivística, la norma estatal de referencia es el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, que regula los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, que crea el Centro de información administrativa y las unidades departamentales de información administrativa. Además, se contemplan las oficinas de información y atención al ciudadano. Una comisión interministerial de información administrativa actúa como órgano de coordinación de las comisiones ministeriales de información administrativa. A esta estructura se yuxtapone la red de oficinas integradas de atención al ciudadano 060, creadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2005, modelo de “ventanilla única” basada en la colaboración voluntaria con las comunidades autónomas a través de convenios marcos, y que establece tres niveles de oficinas, que van acumulando y sumando competencias: de contacto, de información y de gestión integral. Lo cierto es que en la realidad, ni los diferentes órganos creados sobre el papel han tenido apenas funcionamiento ni la red 060 ha desplegado sus potencialidades.

En definitiva, es preciso dotar al derecho de acceso de eficacia, y eso pasa por una buena regulación y práctica de la gestión documental –acabando con la anomalía de la aproximación “cultural” a la información y documentación administrativa– 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 accesible a los ciudadanos 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.

La publicidad activa

El recientemente aprobado RDA incluye en su artículo 19 medidas de difusión de los documentos de archivo y de otros recursos culturales o informativos del Sistema Español de Archivos. Así, dispone que el Ministerio de Cultura impulsará

programas dinámicos encaminados a asegurar la difusión al conjunto de la sociedad, de los contenidos y de los servicios telemáticos y presenciales que ofrecen los centros de archivo del Sistema Español de Archivos, a través de:

- a) El desarrollo del Portal de Archivos Españoles que pone en Internet y al servicio de los ciudadanos, las bases de datos descriptivas y las imágenes digitalizadas de los documentos de los centros de archivo del Ministerio de Cultura y de cualquier otro centro de archivo del Sistema Español de Archivos que quiera adherirse a la mencionada plataforma, con el fin de fomentar el acceso libre y gratuito de los usuarios a los contenidos culturales e informativos que se custodian.
- b) El impulso a través del Centro de Información Documental de Archivos, del Censo Guía de Archivos, como guía electrónica y directorio de los archivos de España e Iberoamérica, que permite a los ciudadanos la localización inmediata de los centros de archivo así como los fondos y colecciones que custodian y los servicios que estos prestan
- c) La elaboración de un catálogo colectivo accesible por Internet, que incluya información de los ejemplares bibliográficos y hemerográficos de las bibliotecas históricas y las bibliotecas especializadas o auxiliares de los archivos del Ministerio de Cultura, coordinado desde el Centro de Información Documental de Archivos.
- d) El diseño y desarrollo de estrategias de comunicación y marketing y la utilización de la Web como instrumento inmediato de información.
- e) La programación y el diseño de exposiciones presenciales y visitas y exposiciones virtuales que permitan divulgar los documentos de archivo así como su interés histórico, científico y cultural.
- f) El impulso de actividades pedagógicas que acerquen los archivos y el contexto histórico de producción de los documentos a los estudiantes de los diferentes ciclos formativos.
- g) El desarrollo de programas de edición electrónica y en papel, de instrumentos de referencia, catálogos, boletines informativos y de cualquier otra obra de interés para el conocimiento y difusión del patrimonio documental.
- h) El apoyo y fomento de jornadas, conferencias, congresos y actividades culturales relacionadas con el ámbito de los archivos.

A ello añade en sus artículos 20 a 22 una regulación de los documentos electrónicos y la preservación digital que prevé, entre otros, la digitalización de los archivos y la implantación progresiva de los servicios telemáticos que permitan recoger, gestionar y dar respuesta al conjunto de solicitudes, reclamaciones y sugerencias que realicen los ciudadanos sobre acceso, localización, reproducción,

u otras cuestiones relacionadas con los documentos o los servicios que prestan los archivos del Sistema.

Por su parte, la LRJAP-PAC en su artículo 37.9 obliga a publicar relaciones documentales, si bien deja en una casi total indeterminación a qué tipo de publicación se refiere, qué información abarca, con qué periodicidad o cuáles son las vías de impugnación en caso de incumplimiento. El artículo 37.10, inspirado en la Ley francesa, refiere la publicación a circulares e instrucciones de aplicación del derecho, pero no a actos referentes a la organización y funcionamiento internos de la Administración. El precepto conecta con el 21.2, conforme al cual: “Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda”. De nuevo se omite precisar a qué modalidad de publicidad se refiere y su periodicidad. La referencia a los procedimientos omite, respecto a su modelo francés, o al portugués, que lo sigue, que se trata de documentos que comporten “una descripción de los mismos”, y no de interpretaciones sobre el propio procedimiento. La Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula el acceso a la información ambiental dedica un capítulo a la difusión por las autoridades públicas de la información ambiental. Al margen de las materias incluidas en esta obligación de publicidad proactiva, reguladas en los artículos 7 al 9, interesa destacar los principios generales contemplados en el artículo 6, que consagran el papel capital de dicha forma de publicidad y la preferencia por la publicidad telemática.

Desde luego, a nivel estatal, no es la única disposición encaminada a aportar transparencia a la actividad pública. Así, en relación con la publicidad de actos administrativos en tablones y boletines oficiales en papel y en formato electrónico, en la propia Ley 30/1992 se prevén mecanismos de publicidad en los artículos 59 y 60, en conjunción con los artículos 11 y 12 de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Prevén también la publicación oficial diversas normas atinentes a los elementos más relevantes para el conocimiento y control de la organización, la actividad y los gastos públicos, como los artículos 62.1.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público y el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en materia de función pública; el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, acerca de la identidad de los beneficiarios y los términos de las subvenciones; el artículo 138 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, respecto de las adjudicaciones; y diversas normas sectoriales prevén la publicidad de las sanciones para conductas graves en salud humana (medio ambiente, narcotráfico, blanqueo de capitales, espectáculos taurinos, consumo, etc.); los acuerdos de cambio de apellidos, la concesión de indultos o los recursos gubernativos contra calificaciones registrales. Asimismo, se prevén medidas de transparencia en el ejercicio de responsabilidades públicas en el Código de Buen Gobierno

de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005); en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, con la creación del registro de actividades, que tiene carácter público, y el de bienes y derechos patrimoniales, que tiene carácter reservado y solo podrán tener acceso al mismo, además del propio interesado, determinados sujetos cualificados. Además, se dispone que el contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los secretarios de Estado se publique en el Boletín Oficial del Estado, en los términos previstos reglamentariamente en el Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo. Finalmente, cabe aludir al Acuerdo de 14 de enero de 2005 de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos, sobre Mejoras en el Ámbito de la Información Administrativa y Estadística, conforme al cual el conjunto de la información económica y estadística debe publicarse de manera periódica y previsible, cumpliendo unos calendarios conocidos por el ciudadano, en un formato accesible, facilitando las fuentes, notas metodológicas y modelos utilizados. Los ejemplos más significativos de mejora se encuentran en el ámbito tributario y fiscal, en comercio exterior y en paro registrado. Fue ampliado por el Acuerdo de 11 de mayo de 2006 de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. A nuestro juicio, los sitios electrónicos de las diferentes Administraciones Públicas deberían ofrecer en su página inicial una ventana relacionada con el acceso a la información, como sucede en los países avanzados de nuestro entorno.

Una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debe ser necesariamente una Ley adaptada a la actual sociedad de la información, que dé el salto cualitativo de la publicidad pasiva a la activa, y que establezca disposiciones todo lo precisas posible que obliguen a poner a disposición de todos los ciudadanos en Internet la principal información que les permita participar, controlar y con ello contribuir a una gestión pública más eficaz y transparente. Buena parte de esta información ya es objeto de publicidad oficial; se trata, sobre todo, de centralizarla y ponerla en formatos que permitan su fácil localización y, en su caso, su posterior tratamiento.

Bibliografía

- Ackerman, J., y Sandoval, I. (2005), The Global Explosion of Freedom of Information Laws, *Administrative Law Review*, pp. 85-130;
- Álvarez Rico, M. (1979), El derecho de acceso a los documentos administrativos, *Documentación Administrativa*, núm. 183, pp. 103-133;
- Andrés Pereña, R. (2010), El derecho a la información de los ciudadanos ¿para cuándo?: el Gobierno regulará por ley el acceso a la información, *Archivamos: Boletín ACAL*, núm. 75, pp. 5-7;

- Banisar, D. (2006), Freedom of Information around the World 2006: A Global Survey of Access to Government Records Laws, <http://freedominfo.org/countries/index.html>
- Carpizo Mc Gregor, J. (2004), Vida privada y función pública, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 3, pp. 61-71;
- Cendejas Jáuregui, M. (2010), El derecho a la información. Delimitación conceptual, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 15, pp. 3-47;
- Cendejas Jáuregui, M. (2007), Evolución histórica del derecho a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 10, pp. 57-84;
- Comisión Europea (2003), Comparative analysis of the Member States' and candidate countries' legislation concerning access to documents, 1 de julio de 2003, SG/616/03, Directorate B;
- Comisión Europea (2000), 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#;
- Díaz, V. y Bringas Valdivia, J. M. (2007), Autoridades reguladoras independientes en materia de acceso a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 9, pp. 81-102;
- Fernández Casado, N. (2008), La información como derecho: Zapatero anuncia una ley para garantizar el acceso a la información pública, *Archivamos: Boletín ACAL*, núm. 69, pp. 5-6;
- Fernández Cuesta, P. (2010), El secreto desvelado: algunas notas apresuradas sobre el proyecto de ley de acceso a la información pública y los archivos, *Archivamos: Boletín ACAL*, núm. 77, pp. 5-7;
- Fernández Ramos, S. (2005), Políticas y normativas arhivísticas, Congreso Los archivos municipales en la España democrática, Zaragoza;
- Fernández Ramos, S. (1997), El derecho de acceso a los documentos administrativos, Marcial Pons, Madrid; Florini, A. (ed.) (2007), *The Right to Know: Transparency for an Open World*, New York, Columbia University Press;
- Fung, A., Graham, M., y Weil, D. (2008), *Full disclosure. The perils and promise of transparency*, Cambridge University Press;
- Guichot, E. (2009), *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid;
- Guichot, E. (2008), El reparto de competencias sobre protección de datos tras los nuevos Estatutos de Autonomía, *Justicia Administrativa*, núm. 39, pp. 5-18;
- Guichot, E. (2003), El nuevo Derecho europeo de acceso a la información, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, pp. 283-316;
- Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla;
- Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid;
- Guichot, E. (2012), "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho comparado de la Información*, núm. 19, pp. 135-188;
- Hollrah, R. (2005), La protección de la privacidad frente a la transparencia gubernamental, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 6, pp. 103-154;
- Holsen, S. (2007), Journalists' Use of the UK Freedom of Information Act, *Open Government: a journal on freedom of information*, vol. 3, pp. 1-16;

- Ibarra Palafox, F. (2009), Poderes privados y transparencia, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 14, 2009, pp. 111-168;
- Jáuregui, M. (2007), Evolución histórica del derecho a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 10, pp. 57-84;
- Kranenborg, H. y Voermans, W. (2005), Access to Information in the European Union. A comparative Analysis of EC and Member State Legislation, Europa Law Publishing, Groningen;
- Lakhani, K. R., Austin, R. D., Yi, Y. (2009), Data.gov, <http://hbr.org/product/data-gov/an/610075-PDF-ENG?Ntt=610075>;
- Lessig, L. (2009), Against transparency, *The New Republic*, <http://www.tnr.com/article/books-and-arts/against-transparency>;
- Lessig, L. (2009), Code version 2.0, Basic Books, Nueva York, 2006. (Código 2.0, Traficantes de sueños, Madrid);
- Lessig, L. (2001), Code and other laws of cyberspace, Basic Books, Nueva York, 1999. (El código y otras leyes del ciberespacio, Santillana, Madrid);
- Mendel, T. (2006), Consideraciones sobre el estado de las cosas a nivel mundial en materia de acceso a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 8, pp. 3-15;
- Mendel, T. (2003), Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 1, pp. 41-74;
- Mestre Delgado, J. F. (1993), El derecho de acceso a archivos y registros administrativos, Civitas, Madrid;
- Mirón Reyes, J. A. (2006), Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 8, pp. 45-52;
- Piñar Mañas, J. L. (2009), Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio, Documento de trabajo 147/2009, Fundación Alternativas, <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/seguridad-transparencia-y-proteccion-de-datos-el-futuro-de-un-necesario-e-incierto-equilibrio>;
- Piñar Mañas, J. L. (2010), Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario, en Ruiz Ojeda, A. L., (coord.), El gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña, Iustel, Madrid, pp. 1023-1044;
- Pomed Sánchez, L. A. (1989), El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, INAP. Madrid;
- Siraj, M. (2010), 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, pp. 211-226;
- Villanueva, E. (2006), Derecho de acceso a la información en el mundo, Porrúa-UNAM, México DF;
- Villaverde Menéndez, I. (1995), Los derechos del público, Tecnos, Madrid;
- Vleugers, R. (2010), Fringe Special. Overview of all FOIA laws – Sept. 20 2010, en: <http://www.statewatch.org/news/2010/sep/foia-fringe-special-overview-sep-20-2010.pdf>

Notas

¹ Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid.

² Guichot, E. (2003), El nuevo Derecho europeo de acceso a la información, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, pp. 283-316; Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla.

³ Guichot, E. (2012), “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Derecho comparado de la Información*, núm. 19, pp. 135-188.

⁴ Con su precedente en Suecia ¡en 1766! (última versión 1976) y, posteriormente, en 1951, Finlandia (u.v. 2009); en 1970, Dinamarca (u.v. 2000) y Noruega (u.v. 2006); y en 1978, Países Bajos (u.v. 2009).

⁵ 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).

⁶ Lo he estudiado recientemente *in extenso* en *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla, 2011.

⁷ Véanse, entre otros, Ackerman y Sandoval (2005:85-130); Banisar (2006); Cendejas Jáuregui (2007:57-84), Florini (2007); Mendel (2003 y 2006); Villanueva (2006).

⁸ Véanse al respecto los datos sobre número de solicitudes de acceso por año por país y *per cápita* en el análisis de Vleugers (2010). Se trata, desde luego, tan solo 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 reclamaciones 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, Tayikistán, Ucrania, Uzbekistán y Zimbabue), la mayoría son europeos. Italia y Liechtenstein, por exigir interés especial (únicos en el mundo junto con Nepal) y Ucrania, por sus bajas posibilidades de recurso y pobre ejecución de las decisiones.

⁹ S. Fernández Ramos (véase, en especial, Políticas y normativas archivísticas, Congreso Los archivos municipales en la España democrática, Zaragoza, octubre de 2005, gentilmente puesto a mi disposición por su autor) ha explicado claramente en diversos escritos las “razones” históricas de la peculiaridad española acogida en el artículo 49.2 LPHE, que considera integrantes del patrimonio documental todos los documentos administrativos (“Forman parte del patrimonio documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.”) y en consecuencia asocia los archivos –todos ellos, con independencia de la antigüedad de la documentación y de su valor histórico– al título competencial relativo al patrimonio cultural, y la enorme disfunción jurídica, organizativa y funcional que ello ha generado.

¹⁰ “1. La consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas: a) Con carácter general, tales documentos concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de derecho público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta [...] 2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos”.

¹¹ Artículo 8.

¹² Artículos 23 a 32.

¹³ Junto con esta regulación, hay que mencionar la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, aprobadas al calor de la necesidad de transponer sendas directivas comunitarias, que deberían ser un complemento, una parte (en el caso de la primera) o una regulación específica (en el caso de la segunda) respecto a una ley general de Transparencia y acceso a la información.

¹⁴ El compromiso de promover en esta legislatura la aprobación de una nueva ley “que garantice el mayor acceso posible a la información pública en España” fue reafirmado por el presidente del Gobierno, en la ceremonia de clausura de la 64ª asamblea de la Sociedad Interamericana de Prensa, el 7 de octubre de 2008, entre otros foros [Fernández Casado (2008: 5-6) y Andrés Pereña (2010: 5-7)].

¹⁵ http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Espana_Anteproyecto_Ley_Transparencia.pdf

¹⁶ Fernández Cuesta (2010:5-7).

¹⁷ Mediante la resolución número 33 aprobada tras el Debate sobre el Estado de la Nación de 2010, “sobre el derecho de libre acceso a la información pública”, el Congreso de los Diputados instó al Gobierno a: “1. Presentar, en el presente año, un Proyecto de Ley de acceso a la información pública para toda la ciudadanía de obligado cumplimiento para todos los poderes del Estado, las entidades que ejercen funciones públicas y aquellas otras que perciban fondos públicos. 2. Limitar dicho derecho de acceso en los supuestos previstos en la Constitución y los Convenios internacionales, con pleno respeto a los derechos fundamentales, y mediante resolución debidamente motivada. 3. Garantizar que en dicha ley se determine un trámite para la obtención de la información sencillo, rápido y gratuito que, en caso de incumplimiento o denegación, dé derecho a un proceso eficiente de reclamación y apelación. 4. Atribuir a una autoridad independiente la garantía del derecho al libre acceso a la información pública y, en consecuencia, la competencia para resolver sobre la entrega de la información solicitada”.

¹⁸ El movimiento conocido como 15-M, “Democracia Real Ya”, abanderó como una de sus reivindicaciones más señeras la necesidad de aprobación de una Ley de Transparencia.

¹⁹ Proposición de Ley relativa a la Transparencia, Acceso a la Información y Bueno Gobierno, de 28 de junio de 2011, con mayor regulación de la publicidad activa y sin órgano independiente de control como principales diferencias.

²⁰ Proposición de Ley de transparencia y acceso a la información pública del Grupo Parlamentario Socialista de 27 de diciembre de 2011.

²¹ Proposición de Ley sobre Transparencia y lucha contra la corrupción del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia de 5 de enero de 2012.

²² Junto con numerosos editoriales y artículos de opinión aparecidos en los últimos años en casi todos los diarios, baste señalar la propuesta de resolución conjunta de los diarios ABC y *El País* en la 64ª asamblea de la Sociedad Interamericana de Prensa, el 7 de octubre de 2008).

²³ Al respecto, hay que destacar que la aprobación de una Ley de acceso a la información es el objeto de la llamada “Coalición pro acceso”, creada en octubre de 2006. Junto con ciudadanos a título individual, está integrada por quince organizaciones no gubernamentales (el número de ellas se encuentra en permanente aumento) y prestigiosas asociaciones. No hace mucho tiempo, hizo público un informe (“Cuando lo público no es público. ¿Por qué se necesita una ley de acceso a la información pública en España?”), elaborado a partir del seguimiento de cuarenta y una solicitudes de información presentadas ante veintitrés instituciones públicas españolas en el último año. Los resultados son elocuentes y ponen de manifiesto hasta qué punto la combinación de una mala regulación y de la ausencia de una cultura administrativa de la transparencia vienen a situarnos a la zaga de las democracias avanzadas. En positivo, esta misma coalición ha elaborado un catálogo con nueve principios básicos que deberían inspirar la futura regulación, y que no son más que un compendio de las regulaciones existentes en otros países, a saber: el derecho a la información es un derecho de todos; el derecho se aplica a todas las entidades públicas; realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito; los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes; el secreto y la denegación de la información son la excepción; las denegaciones de acceso a la información deben ser

limitadas y estar debidamente motivadas; toda persona tiene el derecho de recurrir las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes realizadas; las entidades públicas, a iniciativa propia, deben poner a disposición del público información básica y esencial sin que sea necesario realizar una solicitud; el derecho debe ser garantizado por un órgano independiente.

²⁴ Por todos, Fernández Ramos, S. (1997), *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid; Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid; Piñar Mañas, J. L. (2011), “La necesidad de una ley de transparencia”, en Blasco Esteve, A. (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP, Madrid.

²⁵ Una reflexión general sobre la naturaleza y alcance del derecho a la información en Mendel (2003:41-74) y en Cendejas Jáuregui (2010:3-47).

²⁶ Es esta la solución a que se ha llegado en la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana 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).

²⁷ En Europa se repite esta dualidad de enfoques con un mismo resultado de considerar el derecho de acceso como un derecho fundamental. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, fuente crucial de interpretación de los derechos constitucionales conforme al artículo 10.2 de la Constitución, no reconoce expresamente el derecho de acceso a la información pública. En diversas ocasiones, se ha planteado ante el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) si este derecho debe considerarse incluido en el artículo 10 CEDH, referido a la libertad de expresión, que comprende la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber interferencias de la autoridad pública²⁸. Tras una jurisprudencia vacilante, en 2009 parece haberse asumido ya que el derecho de acceso a la información pública forma parte de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, incluyendo una admisión expresa de que su jurisprudencia ha evolucionado en este punto. Si bien se trata de asuntos en que los solicitantes de información son, por así decirlo, sujetos cualificados –un historiador y una organización no gubernamental, lo que por lo demás es algo común en el espectro de solicitantes de información en todos los sistemas jurídicos–, el tenor de las sentencias parece apuntar a la generalidad de este enfoque²⁹. Este enfoque, de hecho y como coincide con el de los documentos emanados del Consejo de Europa en forma de recomendaciones o convenios, incluido el Convenio núm. 205 de 2009, que enlazan de modo expreso el derecho de acceso a la información pública con la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 CEDH y con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por su parte, en el Derecho comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000, consagró asimismo el derecho de acceso como derecho fundamental relacionado con la ciudadanía en su artículo 42, autónomo de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información, y figura hoy además en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (TFUE, conocido también como Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009). Además, como es sabido, el Tratado de Lisboa ha dado rango constitucional a la Carta Europea de Derechos Fundamentales aprobada en 2000. Asimismo, el juez comunitario ha puesto de relieve desde un principio esta vinculación entre derecho de acceso y principio de democracia y transparencia (desde la STJ de 30 de abril de 1996, Reino de los Países Bajos (apoyado por el Parlamento) contra Consejo, asunto C-58/94, Rec. 1996, pág. I-2169).

³⁰ Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid.

³¹ Conforme a la disposición adicional sexta, “las disposiciones del presente Real Decreto se aplicarán sin perjuicio de las reglas específicas de acceso a los fondos de los Archivos Históricos de titularidad y gestión estatal, en razón de su carácter de archivos abiertos al público, siempre que resulten más favorables al derecho de acceso”.

³² Conforme a la disposición adicional séptima, el derecho de acceso a archivos y documentos custodiados por el Ministerio de Cultura en virtud de compra, comodato, depósito, donación o cualquier otra figura jurídica, se someterá a las condiciones establecidas en el título en el que se materialice dicho negocio jurídico”. Si se trata de documentos de autoría de las Instituciones europeas, el acceso se lleva a cabo de conformidad con lo dispuesto en la normativa comunitaria, como dispone la disposición adicional octava “El

acceso a los documentos de las instituciones europeas que se encuentren en los archivos incluidos en el ámbito de aplicación de este Real Decreto se realizará sin perjuicio de las previsiones contenidas en la normativa europea y, en particular, de lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”. Conforme a su artículo 5: “Cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una institución, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de dicho documento. Alternativamente, el Estado miembro podrá remitir la solicitud a la institución”. Sobre el particular, véase Guichot, E. (2003), *El nuevo Derecho europeo de acceso a la información*, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, pp. 283-316; Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla.

³³ Por su parte, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público prescinden ya de estas restricciones, situándose en armonía con las directivas que desarrollan.

³⁴ La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente señala que “solicitante” de información ambiental puede ser cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos, que solicite información ambiental, requisito suficiente para adquirir la condición de interesado. La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público tampoco exige ningún requisito especial para ser solicitante.

³⁵ Si bien la necesidad de transparencia es predicable de todos los poderes públicos, en este trabajo nos centramos en la transparencia gubernamental y administrativa. Sobre la publicidad de actuaciones legislativas y judiciales, me remito a Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, *Fundación Alternativas*, Madrid, pp. 18-21.

³⁶ Este ámbito no es enteramente coincide ni con el de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente ni con el de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

³⁷ La regulación de esta materia se halla aún en la Ley preconstitucional 9/1968, de Secretos oficiales, reformada por la Ley 48/1978, según la cual “podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”. Hay, pues, un paralelismo entre el límite al acceso contemplado en el artículo 105 CE, el previsto en el 37.5 de la Ley 30/1992 y las materias que pueden clasificarse como secretos de Estado. Ahora bien, ninguna norma concreta que deba entenderse como asuntos relativos a seguridad y defensa. La Ley de Secretos Oficiales, a diferencia de sus homólogas en el Derecho comparado, no fija un plazo o un procedimiento para reconsiderar la decisión o en su caso a entender *ope legis* producida la desclasificación, de tal forma que se exige siempre una desclasificación formal (como lo subrayó el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su Sentencia de 14 de diciembre de 1995). Además, prevé que tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declararlas por Ley, como ocurre con la Ley 11/1995 sobre uso de los fondos reservados. Se plantea por todo ello la pertinencia de modificar o sustituir dicha Ley y, en todo caso, coordinar la exclusión de la información que afecte a la defensa y a la seguridad nacional con la normativa sobre secretos oficiales. El ámbito de una u otra parece idéntico, por lo que podría preverse en ambos casos que puede denegarse el acceso cuando “pueda dañar o poner en riesgo” (fórmula empleada actualmente por la Ley de Secretos Oficiales, añadiéndose que se denegará en todo caso cuando se trate de materia clasificada y que, en caso contrario, la denegación corresponderá al órgano competente para clasificar y, en caso de denegación, se procederá a su clasificación). Además, había que integrar no solo la defensa nacional, sino la actuación en el marco de organizaciones internacionales.

³⁸ La disposición adicional cuarta establece que “El Sistema Archivístico de la Defensa se rige por su normativa específica. No obstante, el régimen de acceso a los documentos obrantes en el mismo será el

establecido en el presente Real Decreto.” Y la disposición adicional quinta establece que la posibilidad de establecimiento de un sistema Archivístico propio del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si bien “en todo caso, el régimen de acceso a los documentos obrantes en dicho sistema archivístico será el establecido en el presente Real Decreto”.

³⁹ Respecto al derecho a la protección de datos, el Tribunal Constitucional ha considerado que el artículo 18.4 supone el reconocimiento en nuestra Carta Fundamental del derecho a la protección de datos, que es un derecho autónomo del derecho a la intimidad (desde su sentencia 254/1993, de 20 de julio). Tuvo su primer desarrollo legal en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), y actualmente se encuentra regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) y en sus reglamentos de desarrollo. La LORTAD, antes, y ahora la LOPD, sencillamente, ignoran la cuestión. La regulación del régimen de la comunicación de datos no contempla específicamente este supuesto, que queda por tanto bajo el paraguas general que pueda otorgarle una ley específica que autorice la comunicación in-consentida. Por su parte, el régimen específico de los ficheros públicos, que sí regula la comunicación de datos de una Administración Pública a otra en el artículo 21, no contiene ninguna previsión respecto a su comunicación a particulares, salvo la relativa a la prohibición general de comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público, que no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa. Reina el más absoluto silencio en ambos bloques normativos acerca de las relaciones entre acceso y protección de datos, silencio especialmente criticable cuando concurre la circunstancia de que la LORTAD y la LOPD son coetáneas, respectivamente, a la LRJAP-PAC y a su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, falta de la necesaria conexión esta pese a la contemporaneidad en la aprobación de estas regulaciones que ha sido constatada por el propio Tribunal Supremo, en la STS de 31 de octubre de 2000. Sobre este tema, me remito a Guichot, E. (2009), *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid y la bibliografía allí citada.

⁴⁰ La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente prevé su propio sistema de excepciones. El artículo 3 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público remite a las excepciones contempladas en la LRJAP-PAC y en leyes singulares a la vez que las complementa con otras específicas.

⁴¹ Al establecer que el derecho será ejercido “de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias”.

⁴² “No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquellos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas”.

⁴³ Me remito a Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid.

⁴⁴ Al respecto, he escrito en *El reparto de competencias sobre protección de datos tras los nuevos Estatutos de Autonomía* (2008:5-18).

⁴⁵ Véanse las consideraciones sobre el particular en el artículo mencionado en la nota anterior.

⁴⁶ Piñar Mañas (2010:1023-1044) se muestra favorable a un sistema de agencia única, que es “la tendencia más actual” y, de hecho, “los modelos inglés y alemán, recientes, se han mostrado sumamente eficaces”, cuya principal virtud es que aporta “una perspectiva de conjunto”. Correspondería a las comunidades autónomas fijar su propio modelo y si no podría aplicarse el sistema previsto en la LOPD y bendecido por el Tribunal Constitucional en su STC 290/2000, conforme al cual, a falta de atribución de las competencias sobre acceso a la información a autoridades independientes autonómicas, estas podrían recaer en la AEPD. También en Piñar Mañas (2009).

⁴⁷ Véase, en especial, *Políticas y normativas arhivísticas*, Congreso Los archivos municipales en la España democrática, Zaragoza, octubre de 2005, gentilmente puesto a mi disposición por su autor.