



# EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

INFORME EXTRAORDINARIO  
Marzo 2012

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES



# EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1ª edición: Marzo de 2012

Informe sobre el derecho de acceso a la información pública. Marzo 2012

Maquetación: Síndic de Greuges

Impreso sobre papel ecológico

Diseño original: America Sanchez

Foto portada: © Síndic de Greuges

# ÍNDICE GENERAL

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>2. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA</b> .....	7
<b>2.1. ALGUNAS NOTAS DE DERECHO COMPARADO</b> .....	7
2.1.1. Regulación en la Unión Europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea . . .	7
2.1.2. Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos . . . . .	8
2.1.3. Regulación en otros países . . . . .	9
<b>2.2. REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL ESTADO ESPAÑOL Y EN CATALUÑA</b> .....	12
2.2.1. España .....	12
2.2.2. Cataluña .....	13
<b>3. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LAS ACTUACIONES DEL SÍNDIC</b> .....	17
<b>3.1. ALGUNOS EJEMPLOS A PARTIR DE LAS QUEJAS QUE RECIBE EL SÍNDIC SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN</b> .....	17
<b>3.2. EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN</b> .....	19
<b>4. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: CONSIDERACIONES DEL SÍNDIC</b> .....	21
<b>4.1. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN</b> .....	21
<b>4.2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: ASPECTOS CONCRETOS QUE CABE REGULAR</b> .....	23
4.2.1. La naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública como cuestión previa . . .	23
4.2.2. Legitimación activa y pasiva .....	24
4.2.3. Concepto de información pública que debe ser accesible .....	27
4.2.4. El procedimiento de acceso: plazo y silencio, denegación motivada y vía de recurso . . . . .	28
4.2.5. Excepciones al derecho de acceso. Principio de proporcionalidad y de daño efectivo en la aplicación de excepciones .....	30
4.2.6. Colisión de derechos y ponderación: acceso y privacidad . . . . .	33
<b>5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	37
<b>5.1. CONCLUSIONES</b> .....	37
<b>5.2. RECOMENDACIONES</b> .....	37



## 1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Desde una perspectiva de interés general es un instrumento para el control democrático de las instituciones públicas. Desde una perspectiva individual, es decir, de quien obtiene la información, ésta tiene un valor en sí misma, en la medida en que incide en la actividad y en las relaciones de los individuos con las administraciones.

Desde la perspectiva del funcionamiento de las instituciones en una sociedad democrática, el derecho de acceso a la información es un instrumento para hacer efectivos los principios de transparencia y rendición de cuentas en la actuación de las administraciones públicas, al tiempo que es un requisito para la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos y en los procesos de toma de decisiones de las administraciones públicas.

La forma como se articula y se garantiza este derecho de acceso en cada ordenamiento jurídico constituye un elemento de medida –aunque no el único– del grado de transparencia logrado por los poderes públicos en la sociedad en cuestión. El derecho a una participación informada, basada en el conocimiento y en el análisis previo de la información pública, debe permitir a las personas adoptar una posición activa en las actuaciones y resoluciones que dicte la Administración, participar en los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos, y también debe posibilitar que los ciudadanos puedan exigirles que rindan cuentas de su actuación.

La dimensión privada o particular del derecho de acceso a la información pública se concreta en permitir a las personas acceder a la información que pueda tener interés para su esfera de intereses particulares. La creciente imbricación de la actuación de los poderes públicos en la actividad cotidiana de los sujetos privados (ciudadanos, pero también empresas, organizaciones y asociaciones con diferentes perfiles y finalidades) comporta que todos ellos tengan un interés

personal o propio en obtener datos sobre la actuación de los poderes públicos que les afectan individual o colectivamente.

Así, la regulación del derecho de acceso a la información pública debe proteger el interés general en el acceso, desde la perspectiva del control democrático sobre los poderes públicos y el interés particular en obtener información sobre actuaciones que afectan específicamente a un ciudadano o bien a una organización concreta.

En este contexto, el conjunto de actuaciones del Síndic de Greuges en torno al acceso a la información pública permite constatar las dificultades para resolver los conflictos que los ciudadanos plantean en un marco normativo que regula sólo parcialmente y de forma heterogénea esta cuestión. La ausencia de una regulación completa que legisle el procedimiento de acceso a la información pública, las excepciones y los mecanismos para la protección de este derecho, y un plazo de respuesta que no le reste eficacia, entre otros aspectos, más en línea con las opciones adoptadas en nuestro entorno jurídico, es una carencia que debe ser subsanada necesariamente.

En un momento como el actual, en que los ciudadanos deben afrontar las consecuencias de la reducción del gasto público, que afecta a la configuración de los servicios que reciben de las administraciones públicas, es relevante disponer de toda la información sobre las decisiones que se toman, para poder hacer una valoración informada. Una regulación que garantice la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información en poder de las administraciones es una de las peticiones que ha planteado la ciudadanía en el marco del movimiento 15-M.

En la anterior legislatura, el Gobierno del Estado presentó dos anteproyectos de ley de regulación del derecho de acceso a la información pública, pero no prosperaron. Por su parte, el Grupo Popular también presentó en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley sobre Transparencia, Acceso a la

Información Pública y Buen Gobierno. En este sentido, en el discurso de la sesión de investidura, el actual presidente del Gobierno del Estado anunció la presentación de una ley de transparencia, buen gobierno y acceso a la información pública. A su vez, los grupos parlamentarios catalanes han creado una ponencia conjunta con el encargo de elaborar una proposición de ley de acceso a la información, que inicia su trabajo coincidiendo con la elaboración de este informe.

Más allá de la necesidad de disponer de instrumentos legales eficaces, la experiencia del Síndic en la defensa del derecho de acceso a la información ha permitido constatar una cierta resistencia de nuestras administraciones a la hora de facilitar el acceso a quien lo solicita y de difundir información de forma clara.

Además de reforzar jurídicamente el contenido del derecho de acceso a la información pública y los instrumentos para ejercerlo, también es necesaria una labor pedagógica y de difusión hacia los ciudadanos, para que conozcan este derecho y lo ejerzan, así como entre los servidores públicos, para que tomen conciencia de que el acceso a la información pública es un instrumento de calidad democrática y un derecho de los ciudadanos, sólo condicionado a las limitaciones que legalmente se determinen. El acceso a la información pública debe ser percibido en la cultura administrativa como la regla general, y la restricción o el secreto como la excepción.

Desde esta perspectiva, es necesario que las administraciones públicas evolucionen desde unos presupuestos culturales y normativos en los que los ciudadanos son los que solicitan la información y la Administración se la facilita

en el marco de la regulación y los procedimientos establecidos, a una situación en que las administraciones toman la iniciativa de difundir la información y, actualizada, la ponen al alcance inmediato de los ciudadanos. Esta actuación debería comportar que el volumen de demanda concreta de información disminuyese al existir una cantidad significativa de información puesta a disposición del público en general.

También cabe mencionar, como antecedente de este informe, las Jornadas sobre Acceso a la Información Pública: El Avance en Transparencia, organizadas por el Síndic el 13 y 14 de mayo de 2010. Estas jornadas fueron un espacio de reflexión sobre estos dos aspectos, esenciales para el buen funcionamiento de las sociedades democráticas: el acceso a la información pública y la transparencia en la actividad administrativa.

En las Jornadas participaron estudiosos sobre la materia, representantes de comisionados creados para garantizar el acceso a la información, agencias de protección de datos, Administración estatal y autonómica, así como asociaciones y organizaciones no gubernamentales comprometidas a promover una mayor transparencia de la actividad pública, la consolidación del derecho de acceso y el uso de estándares y de plataformas tecnológicas abiertas en las instituciones públicas.

El conjunto de reflexiones que se generaron en el marco de aquellas sesiones, junto con las que nacen de la experiencia de la institución a partir de las cuestiones expuestas en este ámbito, conforman buena parte de lo que plantea este informe.



## 2. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

### 2.1. Algunas notas de derecho comparado

#### 2.1.1. Regulación en la Unión Europea y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por una parte, el derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones de la Unión Europea (UE) está reconocido de forma expresa en el artículo 255 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, a pesar de que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hay que hacer referencia al artículo 15, apartado tercero, de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, desarrollado por el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento Europeo y el Consejo.

Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE garantiza explícitamente “el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte” (art. 41) y el derecho de acceso a los documentos de las instituciones de la UE (art. 42).

En el Reglamento 1049/2001 el derecho de acceso está estrechamente vinculado a los principios de transparencia, control democrático sobre los poderes públicos y participación. A su vez, se configura con una gran amplitud al incluir los documentos preparatorios y de uso interno, a diferencia de los modelos de muchos estados que optan por excluir del acceso los documentos provisionales y borradores. El Reglamento 1049/2001 también regula la tramitación de las solicitudes, mediante un procedimiento ágil (15 días para resolver, con silencio negativo) y la posibilidad de formular recurso contra esta decisión.

En cuanto a los límites o las excepciones al acceso, el artículo 4 del Reglamento hace referencia al interés público vinculado a la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales y la

política financiera, monetaria o económica de la Unión o de un estado miembro. También es una causa de denegación del acceso la protección de la intimidad e integridad de la persona. Finalmente, para determinados supuestos, la excepción al acceso sólo opera si no existe un interés público superior en la divulgación.

Como se verá más adelante, estas previsiones (con una referencia especial al interés público superior, como modulación de las excepciones al acceso) coinciden en gran parte con las opciones adoptadas por las normas de algunos estados miembros de la Unión Europea y con lo establecido por el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos.

El derecho de acceso a la información en poder de las instituciones europeas ha sido también objeto de interpretación jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El Tribunal ha considerado que el Reglamento 1049/2001 tiene como finalidad promover las buenas prácticas administrativas y garantizar la transparencia, como elemento de control democrático, y desde esta perspectiva interpreta restrictivamente las excepciones al acceso. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de noviembre de 2007, caso *The Bavarian Lager Co. Ltd. contra la Comisión Europea*, ha sido considerada especialmente relevante desde la perspectiva de la relación entre derecho de acceso a la información y privacidad. La Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 26 de enero de 2010, caso *Internationaler Hilfsfonds contra la Comisión Europea*, plantea que el derecho de acceso está vinculado al carácter democrático de las instituciones europeas y que las excepciones al derecho de acceso deben interpretarse restrictivamente.

También cabe destacar que el Reglamento 1049/2001, sobre acceso a documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión,

se halla inmerso, desde hace varios años, en un proceso de revisión para adaptarlo a la experiencia lograda en su aplicación y a las iniciativas que las propias instituciones europeas han adoptado en los últimos años en favor de la transparencia y el acceso a la información, así como para incorporar la doctrina jurisprudencial del TJCE en esta materia. Este proceso de revisión y formulación de propuestas de modificación no ha finalizado en el momento de redactar este informe.

Dentro del derecho comunitario no existe hoy en día una norma equivalente al Reglamento 1049/2001, aplicable a los estados miembros, que pretenda armonizar las legislaciones internas en materia de acceso a la información, cuando menos de alcance general, pero sí existen directivas que regulan el acceso a la información en poder de las administraciones de los estados, con respecto a materias concretas, especialmente en el caso de la información ambiental.

Así, la Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero, relativa al acceso del público a la información medioambiental, regula con precisión el ejercicio de este derecho y establece las exclusiones y el procedimiento concreto de acceso. La transposición a la normativa española se ha hecho a través 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.

También en el ámbito de la información medioambiental, la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, determina que los ciudadanos pueden solicitar a la Administración pública la información de que disponga sobre los daños medioambientales y sobre las medidas de prevención, evitación o reparación de estos daños. La norma que transpone esta directiva al ordenamiento español es la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

La Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público, se adoptó para explotar el potencial de información del sector público y superar las barreras de un mercado fragmentado –porque la información generada por las instancias públicas tiene un gran interés para las empresas a la hora de operar en sus ámbitos de actuación–, y para contribuir al crecimiento económico y a la creación de ocupación. Asimismo, también resulta de interés para los ciudadanos en general, como elemento de

transparencia y guía para la participación democrática. Esta directiva se transpuso a la normativa española mediante la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de Información del Sector Público.

En el ámbito de la contratación pública, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, modificada por el Reglamento (CE) 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre, también contiene normas en materia de acceso a información y transparencia. La norma de transposición es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actualmente, el Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

Finalmente, la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, reconoce el derecho a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos y a obtener información sobre las actividades de servicio. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incorpora parcialmente esta directiva en el ámbito estatal, complementada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diferentes leyes para adaptarlas a la Ley 17/2009. En Cataluña, el Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, adapta las normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE.

### **2.1.2. Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos**

El Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, aprobado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008 y abierto a la adhesión de los estados miembros desde el 18 de junio de 2009, se ha inspirado en las prácticas y experiencias comunes de una parte de los estados miembros del Consejo de Europa. La firma de este convenio (el Estado español no se ha comprometido, de momento, a firmarlo, y es uno de los pocos estados miembros del Consejo de Europa que no cuenta con una ley específica en materia de acceso a la información) implica la sujeción vinculante a unos estándares mínimos en la regulación del acceso a la información pública.

El propio Consejo de Europa define este convenio como el primer instrumento legal internacional

que reconoce, con alcance general y de forma vinculante, el derecho de acceso a documentos que estén en posesión de entidades públicas. Destaca su doble valor: por una parte, desde una perspectiva colectiva, como elemento clave para garantizar la transparencia y el buen gobierno de los entes públicos, fortalecer la confianza de los ciudadanos en las instituciones y favorecer la participación ciudadana. Por otra parte, desde una perspectiva individual, entiende que el derecho de acceso también es esencial para el desarrollo personal y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

De acuerdo con el Convenio, es un documento público toda información registrada en cualquier forma, elaborada o recibida por una autoridad pública y que esté en su poder. El Convenio determina unos mínimos que los estados miembros que se adhieran deben respetar en la regulación del derecho de acceso a la información pública. A continuación, se destacan los aspectos más relevantes de su contenido:

- Garantía del derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo y sin tener que acreditar ningún interés particular, a acceder a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas, habiendo definido previamente ambas categorías.
- Garantía de que las solicitudes de acceso y el acceso a la documentación no tengan ningún coste, si bien puede repercutirse en la persona solicitante el coste que genera el servicio o la obtención de copias.
- Posibilidad de establecer una lista limitada de excepciones (art. 3.1), sujetas a criterios de interés público, siempre y cuando estos límites estén previstos por una ley, sean necesarios en una sociedad democrática y proporcionales a la finalidad de proteger otros derechos o intereses legítimos.
- En línea con lo previsto por gran parte de las normas de los estados miembros del Consejo de Europa, el Convenio también ha establecido que hay que aplicar los principios de daño efectivo y de interés público preferente en el acceso, antes de denegar el acceso en base a la aplicación de alguna de las excepciones que enumera el artículo 3.1 del Convenio. Eso significa que para el supuesto de que pueda darse una de las excepciones al acceso que prevé el Convenio, la Administración debe valorar si el acceso provocaría un daño real al derecho o el interés protegido con la excepción y ponderar si se da un interés público superior en la difusión, en relación con la afectación del derecho o el interés protegido con la excepción. Esta valoración debe hacerse caso

por caso y partiendo del principio de que el acceso debe ser la regla, y el rechazo de la difusión la excepción.

- En cuanto al procedimiento de tramitación de las peticiones de acceso, cabe destacar que, a pesar de que el Memorándum explicativo del Convenio elaborado por el propio Consejo (Explanatory Report) establece que una respuesta ágil y rápida es parte esencial del contenido del derecho de acceso a la información pública, no fija ningún plazo concreto de respuesta.
- La denegación de la petición debe ser motivada y debe garantizarse el derecho de las personas solicitantes a un procedimiento de recurso o revisión de esta decisión, previo al acceso a los tribunales de justicia o a una entidad independiente e imparcial.

Por último, sólo es necesario hacer dos precisiones respecto a este convenio: que debe ser necesariamente un referente a la hora de elaborar una propuesta de regulación del derecho de acceso a la información, pese a que aún no ha sido ratificado por el Estado español; y que la regulación que contiene es de mínimos, de forma que los estados miembros que lo ratifiquen –así como, si procede, los órganos legislativos de nivel inferior– pueden establecer una regulación que ofrezca una mayor protección del derecho de acceso a la información pública, pero no reducirla.

Más adelante, cuando se valoren los diferentes aspectos de la regulación del derecho de acceso, se hará referencia reiteradamente al contenido de este convenio.

### 2.1.3. Regulación en otros países

A continuación se hará referencia, de forma necesariamente concisa, a la regulación del derecho de acceso a la información en las normas internas de países de nuestro entorno, algunos de ellos con sistemas de acceso a la información implantados de hace tiempo y ya muy consolidados.

Éste es el caso de los [Estados Unidos de América](#) (EE.UU.), que dispone desde 1966 de una ley, Freedom of Information Act (Ley sobre la libertad de información FOIA-EE.UU.), que es una de las primeras experiencias de regulación del derecho de acceso a la información y ha sido una fuente de inspiración de la regulación establecida posteriormente en otros países.

Del modelo de acceso a la información norteamericano, cabe destacar que la FOIA-EE.UU.

se sustenta en los principios de transparencia e información, y establece una serie de excepciones que pivotan sobre las nociones de seguridad pública y protección de la intimidad. La regulación del derecho de acceso a la información pública en los EE.UU. ha evolucionado desde una posición inicial más próxima a una visión “patrimonializada” de la información pública hacia el reconocimiento del derecho de acceso y su configuración como elemento necesario para la participación democrática en los procesos de toma de decisiones. Las decisiones de los tribunales de justicia también han favorecido la consolidación de una visión amplia del derecho de acceso y la aplicación restrictiva de las excepciones a la divulgación.

En el **ámbito iberoamericano**, destaca la adopción de regulaciones generosas con la implantación del principio de transparencia, con clara inspiración en el modelo FOIA-EE.UU. Éste es el caso, por ejemplo, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, de 11 de junio de 2002, de México, y de la Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de 2 de agosto de 2002, del Perú.

En el caso de **Irlanda**, la Freedom of Information Act (FOIA-IRL), fechada en el año 1997, si bien en el año 2003 se introdujeron importantes modificaciones, con la exclusión de determinados organismos públicos de su ámbito de aplicación y la introducción del pago de tasas como condición para el acceso en determinados supuestos. Ambas medidas han tenido el efecto de reducir el número de peticiones de acceso a la información pública y configurar un derecho de acceso más restrictivo.

La Ley establece el principio general de derecho de acceso a la información con una lista de excepciones, algunas de las cuales tienen carácter absoluto y otras están sujetas al test del daño al derecho protegido por la excepción y al test del interés público superior a difundir la información, respecto a la posible lesión de un derecho o el interés público o particular que la excepción pretende proteger. La FOIA-IRL también contiene la obligación de publicar, sin requerimiento particular, determinada información pública por su interés general.

El ente público que recibe una petición de información debe comunicar en diez días a la persona solicitante que ha recibido dicha petición y debe resolverla en veinte días.

En el caso de Irlanda, también cabe destacar que la función del Comisionado de Información (Information Commissioner) que crea la FOIA-IRL recae actualmente en la misma persona designada como ombudsman de Irlanda, si bien hay que remarcar que se trata de dos figuras diferenciadas, con recursos y mecanismos de actuación diferentes. Las decisiones del Comisionado de Información son vinculantes y pueden recurrirse ante los tribunales de justicia. La opción de crear un comisionado específico, como autoridad independiente ante la cual el ciudadano puede interponer recurso si se le ha denegado el acceso, también ha sido adoptada en la legislación de otros países.

En el **Reino Unido**, la norma reguladora es la Freedom of Information Act del año 2000 (FOIA-GB); posterior, por lo tanto, al modelo irlandés, con el que tiene similitudes importantes. Esta norma reconoce el derecho de cualquier persona a solicitar información en poder de los órganos públicos o empresas públicas. Prevé también excepciones a la obligación de hacer pública la información, algunas de las cuales tienen carácter absoluto y otras sólo son aplicables si no existe un interés público prevaleciente en la difusión (test de ponderación del interés público superior).

El plazo para cumplir con la entrega de la información es de un máximo de veinte días laborables; la resolución desestimatoria debe ser motivada y es preciso informar a la persona solicitante de las vías de recurso. La Ley también crea la figura del Comisionado de Información, cuyas decisiones son vinculantes y apelables.

Fuera del ámbito de la Common Law, y como referencia más próxima a nuestra tradición jurídica, el caso de **Francia**, que dispone de la Ley 78-753, de 17 de julio, sobre medidas de mejora de las relaciones entre la Administración y el público y diferentes disposiciones de orden administrativo, social y fiscal. De acuerdo con esta ley, toda persona tiene derecho a acceder a los documentos administrativos y son considerados como tales los producidos por el Estado, los entes locales y toda persona de derecho público o las personas de derecho privado con encargo de derecho público, en el marco de la misión de servicio público que tienen encomendada. La denegación de una demanda de acceso debe comunicarse por escrito y de forma motivada, indicándose las vías de impugnación.

El modelo francés de acceso a la información se configuró en paralelo con la regulación del derecho a la protección de datos, y se optó por

establecer dos autoridades para proteger, respectivamente, cada uno de estos derechos, como en el caso de Italia. En concreto, la autoridad supervisora del derecho de acceso es la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos. Su función es asegurar el derecho de acceso a los documentos administrativos y archivos públicos, así como todo aquello que hace referencia a la reutilización de las informaciones públicas. La reclamación a la Comisión es preceptiva para poder formular recurso en vía contenciosa.

En **Alemania** la Ley reguladora del acceso a la información del Gobierno federal alemán es del 5 de septiembre de 2005. Esta ley establece que todo el mundo tiene derecho a la información oficial del Gobierno federal y no se solicita una declaración especial de interés. Sin embargo, el texto establece límites o excepciones al acceso, fundamentalmente basados en el interés público (primordialmente la afectación al funcionamiento de la Administración), la protección de datos personales y los intereses comerciales e industriales. La aplicación de estos límites requiere ponderar estos intereses protegidos por la Ley en el caso concreto, en relación con la solicitud de acceso.

El acceso a la información debe hacerse efectivo en el plazo de un mes. La autoridad supervisora del cumplimiento correcto de la Ley es el Comisionado Federal para la Libertad de la Información, función que es asumida por el Comisionado Federal para la Protección de Datos. El Comisionado puede formular quejas ante los responsables de las administraciones si considera que incumplen la Ley Reguladora del Acceso a la Información.

En **Italia** el acceso a la información pública se regula en la Ley 241/1990, de 7 de agosto, sobre Acceso a los Documentos Administrativos. Esta ley establece que el acceso a documentos administrativos es un principio general de la actuación administrativa para favorecer la participación, y asegurar la imparcialidad y la transparencia. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que esta ley sólo hace referencia a información que pueda definirse como documento administrativo (art. 22.1.d de la Ley), no a cualquier información en poder de la Administración. A la vez, la Ley limita el acceso a las personas que tengan un interés jurídico diferenciado (interés concreto, directo y actual) respecto al documento al que solicitan acceder. Se trata, por lo tanto, de una visión restrictiva, alejada de lo que otros sistemas han definido como derecho de acceso a la información pública.

Como otras peculiaridades de esta norma, cabe destacar que la persona solicitante tiene que motivar su demanda de acceso. Se produce silencio negativo una vez transcurridos treinta días desde la demanda de acceso, y la resolución que desestime la solicitud debe fundamentarse en alguna de las excepciones que prevé la Ley. La resolución puede recurrirse en vía administrativa (ante Tribunal Administrativo Regional y, contra la resolución de éste, ante el Consejo de Estado). Existe una autoridad de tutela del derecho de acceso (Commissione per l'Accesso) separada de la autoridad independiente en materia de protección de datos (Garante per la Protezione dei Feche Personali), y con funciones de vigilancia sobre el cumplimiento de la Ley y de propuesta de modificaciones normativas.

Finalmente, y fuera de la tradición jurídica anglosajona y continental, hay que hacer referencia a **Eslovenia**, cuya comisionada de información participó en las Jornadas sobre Acceso a la Información Pública, organizadas por el Síndic los días 13 y 14 de mayo de 2010.

El derecho de acceso a la información pública está recogido específicamente en la Constitución de Eslovenia (art. 39). La garantía constitucional de acceso ha sido desarrollada por la Ley de Acceso a la Información Pública, de 13 de marzo de 2003. Del modelo desarrollado por esta ley destaca la amplitud de su ámbito subjetivo, que abarca el poder judicial y los contratistas y las empresas privadas que prestan servicios públicos o ejercen funciones administrativas. El plazo para resolver la solicitud de acceso es de veinte días laborables y la Ley contempla once excepciones, incluida la protección de la intimidad. Algunas de estas excepciones tienen carácter absoluto; otras están sujetas al test del interés público prevaleciente en el acceso. La Ley también prevé específicamente la posibilidad del acceso parcial a la información solicitada.

La Ley del Comisionado para la Información, de 30 de noviembre de 2005, atribuye a este organismo independiente las funciones de resolver las reclamaciones relacionadas con el derecho de acceso a la información pública, así como las relacionadas con la protección de datos personales (art. 2). Sus decisiones sobre las reclamaciones contra la desestimación de una demanda de acceso a la información son vinculantes, y su incumplimiento puede dar lugar a la imposición de una sanción económica (art. 15.2).

## 2.2. Regulación del derecho de acceso a la información en el Estado español y en Cataluña

### 2.2.1. España

El derecho de acceso a la información pública ha recibido un reconocimiento específico en el artículo 105.b de la Constitución española (CE). Es cierto que esta disposición constitucional no hace referencia a toda la información pública, sino que sólo señala el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, e introduce límites genéricos a su ejercicio (información que afecte a la seguridad y defensa, la investigación de delitos y la intimidad de las personas), pero comporta, en cualquier caso, el reconocimiento constitucional del derecho de acceso y un mandato al legislador para que regule su contenido concreto.

El artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de carácter básico, reconoce y regula el régimen general del derecho de los ciudadanos a acceder a los documentos que formen parte de un expediente y estén en los archivos administrativos, siempre y cuando estos expedientes correspondan a procedimientos finalizados en la fecha de solicitud.

El artículo 37 excluye del derecho de acceso los documentos que contengan datos relativos a la intimidad de las personas y requiere un interés legítimo y directo para acceder a documentos de carácter nominativo. También determina que este derecho de acceso está limitado por razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo establezca una ley, y enumera, en su apartado quinto, determinados supuestos en los que el acceso también queda excluido. Finalmente, señala que la denegación del acceso requiere una resolución motivada.

La doctrina administrativista coincide en considerar esta previsión normativa como insuficiente para regular el derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las administraciones públicas, ya que limita el acceso sólo a una parte concreta de la información en poder de las administraciones (la que forma parte de un expediente administrativo finalizado), es poco precisa al establecer las excepciones al acceso y no incorpora los instrumentos para delimitar la

aplicación de estas excepciones en términos análogos a los que prevén otros modelos (el test del daño efectivo y del interés público preferente, o la ponderación caso por caso de los derechos o intereses en contraposición). La doctrina también destaca la ausencia de un procedimiento específico para solicitar la información, con un plazo corto de respuesta y una vía de recurso contra la resolución desestimatoria.

En definitiva, se trata de una regulación incompleta y que no garantiza en absoluto el derecho de acceso a la documentación pública en una dimensión equiparable a los países de nuestro entorno y a los parámetros del Convenio del Consejo de Europa de 18 de junio de 2009.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que se trata de una norma del año 1992, previa, por lo tanto con pocas excepciones, a las normas que regulan el acceso a la información pública en los supuestos que se han señalado. En este sentido, se trata de una norma, insertada en la Ley que regula el régimen jurídico y procesal de las administraciones públicas, que ha quedado superada por una realidad social y política que reclama una mayor transparencia de la actividad pública y una regulación del acceso a la información pública que dote a este derecho de un contenido más amplio.

El artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regula los derechos de los ciudadanos. En su letra *g* les reconoce el derecho a obtener información y orientación sobre los requisitos jurídicos o técnicos que impongan las disposiciones vigentes a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar. Aun así, para ser exactos esta previsión no hace referencia al derecho de acceso previsto en el artículo 105 de la Constitución, sino que establece un derecho a recibir asesoramiento para relacionarse con las administraciones públicas.

El mismo artículo 35 (letras *a* y *b*) prevé, sólo para quien tenga la condición de interesado en un procedimiento, el derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea interesado o el derecho a identificar a las autoridades y al personal que tramitan los procedimientos.

Como norma de alcance general sobre el derecho de acceso a la información, también debe hacerse referencia a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, también de carácter básico, que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas

utilizando medios electrónicos, para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, así como para obtener información. Si bien la Ley 11/2007, de 22 de junio, establece el derecho a solicitar y a obtener información, no añade contenido a la regulación sustantiva de este derecho y del procedimiento para ejercerlo.

La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, no modifica el régimen de acceso a los documentos administrativos, pero reconoce la importancia y el valor que tiene la información generada desde las instancias públicas para su uso por parte de las empresas y de las personas, con el consiguiente valor añadido para el crecimiento económico y la generación de ocupación.

En el ámbito local, cabe destacar el artículo 18.1.e de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, que reconoce el derecho de los vecinos a ser informados, previa petición razonada, y a dirigir solicitudes a la Administración municipal con relación a todos los expedientes o documentación municipal, de acuerdo con lo previsto por el artículo 105 de la CE. El artículo 69 obliga a las corporaciones locales a difundir la más amplia información sobre su actividad, y el artículo 77 establece, de forma sucinta, el régimen singular de acceso de los electos a la información municipal. Los apartados 1 y 2 del artículo 70 también hacen referencia a la difusión de los instrumentos de ordenación territorial y de planeamiento, a los documentos de gestión urbanística y a los convenios urbanísticos.

La Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, regula el acceso y la consulta del patrimonio documental y bibliográfico. En principio, el patrimonio documental es de libre consulta, con las excepciones que hacen referencia a las materias clasificadas y que contengan datos personales. En cualquier caso, es necesario obtener autorización administrativa.

Existen algunas normas sectoriales que también han regulado el acceso y la difusión de la información pública. Entre otros, y en materia de medio ambiente, las normas sobre el acceso a la información pública se encuentran en las leyes de transposición de las directivas 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, relativa al acceso del público a la información ambiental, y 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril,

sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. En el apartado 2.1.1 se ha hecho referencia a estas normas y las disposiciones legales que las transponen al ordenamiento español.

Finalmente, también es preciso hacer referencia a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Una de las finalidades de esta ley es aumentar la transparencia en un ámbito de la actuación administrativa, la contratación pública, susceptible de generar situaciones de corrupción y uso indebido de fondos públicos.

### 2.2.2. Cataluña

El Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), en el apartado dedicado a la Administración de la Generalitat, establece en su artículo 71.4: “La Administración de la Generalitat, de acuerdo con el principio de transparencia, debe hacer pública la información necesaria para que los ciudadanos puedan evaluar su gestión.”

La Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Cataluña, dictada en desarrollo de las competencias que el artículo 159 del EAC atribuye a la Generalitat en materia de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas catalanas, regula en los artículos 26 y 27 el derecho de acceso a los expedientes administrativos y a archivos y registros y, en esencia, no ha comportado ninguna variación respecto a la regulación que contiene el artículo 37 de la Ley estatal 30/1992, de 26 de noviembre.

En este sentido, cabe destacar que, pese al tiempo transcurrido entre una y otra, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, no incorpora una concepción amplia y moderna del derecho de acceso a la información, en sintonía con la configuración de este derecho en otros países, ni supera los aspectos que han sido específicamente criticados por la doctrina respecto al artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Cabe decir, sin embargo, que se trata de una norma que regula diferentes ámbitos de la actuación administrativa y que no tiene por objeto regular, específicamente y de forma completa, el derecho de acceso a la información pública.

Así, cabe destacar que continúa tratándose el derecho de acceso desde una óptica estrictamente procedimental: acceso al

expediente administrativo y no a cualquier expediente administrativo, sino sólo a los finalizados en la fecha de la solicitud o bien a aquellos cuyo acceso está reservado a quien tiene la condición de interesado. La Ley no resuelve, por lo tanto, la necesidad de regular el derecho de acceso y transparencia informativa de forma integral. Cabe entender, pues, que esta regulación integral y adaptada a los estándares adoptados por otros países e incluidos en el Convenio del Consejo de Europa de 18 de junio de 2009 tendrá que esperar a la aprobación del texto legal, actualmente en fase de elaboración por parte de una ponencia conjunta parlamentaria, al que se ha hecho referencia en la introducción de este informe. La Ley 26/2010 tampoco modifica el plazo máximo para notificar la resolución en los procedimientos administrativos, que en el régimen general del procedimiento administrativo es de tres meses. Este plazo, que puede ser adecuado para la tramitación general administrativa, es claramente excesivo, dada la agilidad que requiere el derecho de acceso a la información para ser efectivo. A pesar de eso, cabe destacar que la Ley prevé el desarrollo reglamentario para establecer los plazos y las condiciones para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública.

En positivo, cabe destacar que la Ley impone a las administraciones la obligación de difundir información sobre la propia Administración, los servicios que presta, procedimientos administrativos, convocatorias de contratación, personal, subvenciones y medios de impugnación de las resoluciones administrativas.

Hay que hacer una referencia especial a la Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos, que reconoce el derecho a acceder a documentos en posesión de la Administración con una visión mucho más amplia. A diferencia de las normas de régimen jurídico y procedimiento administrativo (leyes 30/1992 y 26/2010), esta norma reconoce el derecho de acceso a cualquier persona, no es exigible que la documentación solicitada forme parte de un expediente, y el hecho de que un documento no esté en un archivo no lo excluye de consulta pública. El concepto de documento público previsto en el artículo 6 es más amplio que en las leyes mencionadas, si bien también está vinculado al requisito de procedimiento administrativo finalizado, e incluye a las personas y entidades privadas que ejercen funciones públicas, en relación con estas funciones.

La Ley 10/2001, de 13 de julio, también establece la posibilidad de excluir de consulta determinados documentos, que queda sin efecto una vez transcurridos treinta años desde la producción del documento (cincuenta años si se trata de un documento que contiene datos relativos a la intimidad de una persona, o bien veinticinco años desde su muerte). Aun así, cabe destacar que esta ley prevé que debe permitirse el acceso parcial a documentos que contengan datos que deban mantenerse reservados, si se garantiza su preservación en la consulta.

El plazo para resolver las solicitudes de acceso a documentos públicos es de dos meses y el silencio se considera negativo. A pesar de que comporta una mejora respecto al plazo general de procedimiento administrativo, actualmente debe considerarse excesivo como plazo general para resolver una petición de acceso. Adoptar la decisión de permitir el acceso o denegarlo difícilmente debe requerir, en términos generales, un plazo tan prolongado. Por otra parte, hay que recordar, como ya se ha señalado, que el Convenio del Consejo de Europa de 18 de junio de 2009, a pesar de que no fija un plazo máximo, exige una decisión rápida, lo antes posible o dentro de unos límites de tiempo razonables. La legislación comparada también prevé plazos más cortos para resolver la petición de acceso.

La Ley 10/2001, de 13 de julio, también regula las funciones de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental, a quien corresponde, entre otras funciones, fijar criterios sobre la aplicación de la normativa que rige el acceso a documentos públicos y emitir informe sobre las reclamaciones de las personas y entidades públicas y privadas que consideren vulnerado su derecho de acceso a los documentos. El Decreto 13/2008, de 22 de enero, sobre Acceso, Evaluación y Selección de Documentos, regula un procedimiento para que las personas que consideren vulnerado su derecho de acceso y cualquier organismo competente para resolver reclamaciones sobre acceso a documentos pueda solicitar un informe –no vinculante– de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental.

Respecto a la Ley catalana de Archivos y Documentos cabe destacar que, pese a que no es una norma creada específicamente para regular el derecho de acceso a la información pública, contiene unas determinaciones mucho más avanzadas. Posiblemente su principal problema, desde la perspectiva del acceso a la información, ha sido justamente el hecho de



que no es una regulación general y completa de este derecho (su objeto también abarca la gestión y preservación de la documentación) y el uso muy limitado que se ha hecho del ejercicio del mismo. Sin embargo, el Síndic considera que constituye, en alguna de sus determinaciones, un valioso precedente, con una regulación del derecho de acceso y de la transparencia administrativa mucho más próxima a los estándares de nuestro entorno que a las normas de régimen jurídico de las administraciones, básica y catalana. Por lo tanto, constituye una referencia que debe tenerse en cuenta a la hora de plantear una regulación específica y completa del derecho de acceso.

La Ley 29/2010, de 3 de agosto, de Uso de los Medios Electrónicos en el Sector Público de Cataluña, desarrolla en el ámbito de Cataluña el derecho a relacionarse con las administraciones públicas utilizando medios electrónicos, en el marco de la regulación básica prevista en la Ley estatal 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

De esta ley, puede destacarse que establece la obligación de las entidades que integran el sector público de Cataluña de difundir, a través de su sede electrónica, información sobre cada ente público, los servicios que presta, los procedimientos y las normas aplicables a su actividad, y cualquier otra información de interés general para los ciudadanos, y que esta información sea actualizada y de calidad (artículos 9, 10 y 11). El artículo 10 determina la obligación de los entes locales de publicar en su sede electrónica las actas de las sesiones del pleno. Esta ley también reconoce el derecho de los ciudadanos a comunicarse electrónicamente con las administraciones públicas catalanas y a acceder a información relativa a tramitaciones en las que tienen la condición de interesados (art. 13).

El artículo 43.e del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña

reconoce los derechos de los vecinos a recibir información sobre los asuntos municipales, previa petición razonada, y el artículo 164 establece el régimen singular de acceso a la información municipal por parte de los regidores.

En cuanto a las previsiones en la normativa sectorial, cabe destacar, entre otras, normas que regulan tanto el derecho de acceso a la información como la obligación de las administraciones de llevar a cabo una labor de difusión activa de información pública de interés ciudadano, como por ejemplo el Texto Refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, y la Ley 3/2007, de 4 de julio, de la Obra Pública, o la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales.

Si bien no forma parte del cuerpo normativo catalán, hay que remarcar que en el mes de julio de 2005 se hizo público el documento *Informe sobre buen gobierno y transparencia administrativa*. El 21 de diciembre de 2004 el Gobierno de la Generalitat creó un grupo de trabajo sobre buen gobierno y transparencia administrativa, al que encargó la redacción de este documento. El grupo de trabajo fue presidido por el señor Anton Cañellas Balcells, que, hasta aquel año, había sido titular de la institución del Síndic de Greuges.

El *Informe sobre buen gobierno* define la transparencia y el buen gobierno como “el conjunto de medidas que tienen por objeto, en una sociedad avanzada, facilitar y hacer efectiva la rendición de cuentas mediante la evaluación de la labor de las instituciones, de los procesos y de las prácticas que determinan cómo se ejerce el poder, cómo los ciudadanos participan en la adopción de decisiones públicas y cómo estas decisiones se adoptan de acuerdo con el interés general”. El *Informe sobre buen gobierno* plantea principios y propuestas que deben orientar las actuaciones de las administraciones públicas en los diferentes ámbitos de la Administración pública catalana.



## 3. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LAS ACTUACIONES DEL SÍNDIC

### 3.1. Algunos ejemplos a partir de las quejas que recibe el Síndic sobre el derecho de acceso a la información

El Síndic de Greuges, por la misión que tiene encomendada de defensa de los derechos de las personas respecto de las actuaciones de las administraciones públicas, es testimonio de los obstáculos y de las dificultades existentes para acceder de forma suficiente y plena a la información pública y, en consecuencia, para dotar de contenido el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, tanto de las personas a título individual o de las entidades sociales como de los electos en su función de control de la acción de los órganos de gobierno. Éste es un déficit que afecta a todos los niveles de la Administración pública y sin distinción de cuál sea el grupo político que en un momento determinado ostente el gobierno.

Una parte significativa de las actuaciones del Síndic, que afecta transversalmente a todas sus áreas de intervención, tiene que ver con la falta de respuesta a las solicitudes y reclamaciones que las personas dirigen a las administraciones públicas. Esta falta de respuesta puede tener diferentes manifestaciones, que van desde el silencio, la falta absoluta de respuesta, hasta la respuesta parcial, incompleta, o bien una respuesta sin motivación o con una motivación insuficiente.

Todo este abanico de situaciones irregulares también se da cuando lo que solicita la persona es específicamente el acceso a una información determinada que está en poder de una administración y se dirige al Síndic porque no se le otorga dicho acceso.

En estos casos, el Síndic debe valorar singularmente si los motivos alegados se ajustan a lo establecido por la normativa, si la Administración ha exigido a la persona solicitante obligaciones o condiciones sin amparo jurídico o ha hecho una interpretación extensiva que no se adecua al espíritu de la Ley. También, cuando así

lo expone la Administración, el Síndic se ha pronunciado sobre un posible uso abusivo del derecho de acceso.

El supuesto más frecuente se plantea cuando la Administración deniega el acceso a la información porque los documentos solicitados contienen datos personales. Ciertamente, la protección de la intimidad debe actuar como límite a la difusión y al acceso a la información pública. Ahora bien, este límite no puede aplicarse de forma automática y por el sólo hecho de que en los documentos aparezcan personas identificadas.

En este informe se dedica un apartado específicamente a esta cuestión, pero aquí se avanza que el Síndic ha señalado que la Administración debe facilitar la consulta de la documentación pública. Con todo, si afecta a la intimidad y la consulta no está permitida, antes de denegarla, la Administración debe estudiar si el acceso parcial o el acceso anónimo, mediante el procedimiento de disociación de datos o la anonimización, permitiría satisfacer la petición de acceso sin vulnerar el derecho a la protección de los datos personales.

En algunos casos, el Síndic ha valorado que no podía aducirse la vulneración de las normas sobre protección de datos personales para denegar el acceso, ya que no existía una verdadera afectación a la intimidad y que, por lo tanto, había que dar acceso a la totalidad de la información solicitada.

También hay ciudadanos que solicitan a la Administración grandes cantidades de información, piden información que no está agregada, que hay que preparar para satisfacer la demanda, o la reclaman con mucha frecuencia, lo que desborda los servicios administrativos, especialmente en los municipios pequeños o en las entidades públicas con poco personal.

Estas demandas de información generan un gran volumen de trabajo a la entidad receptora

de la solicitud, que probablemente no es proporcional a las finalidades pretendidas, a pesar de que no corresponde a la Administración pública valorarlo, pero que en cualquier caso inciden negativamente en la eficacia y eficiencia de la actuación de las administraciones públicas.

El ejercicio abusivo del derecho de acceso a la información o las peticiones de acceso que son manifiestamente no razonables pueden fundamentar legítimamente la denegación del acceso. Ahora bien, en estos casos el Síndic ha recordado que la carga de la prueba de la situación de abuso que bloquea la actividad ordinaria de la Administración corresponde a la administración que la invoca, tal y como han señalado los tribunales.

También hay que tener en cuenta lo establecido por el artículo 37.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que prevé que el acceso a archivos y registros administrativos no puede afectar a la eficacia de las administraciones públicas, si bien esta limitación al acceso a la información debe interpretarse necesariamente de forma restrictiva, para evitar desatender todas las demandas de información que no señalen con precisión aquello que quiere consultarse.

Desde esta misma perspectiva, el Síndic ha querido destacar la importancia de que los archivos y registros administrativos estén correctamente organizados e indexados, de forma que se facilite la consulta y localización de la información que quiera obtenerse en cada caso, así como el papel que pueden jugar las nuevas tecnologías a la hora de facilitar la organización y consulta de los archivos y registros. Una organización eficiente de los documentos y archivos administrativos facilita la labor de difusión activa de información, así como la investigación de los particulares que quieren acceder a la misma.

En el mismo sentido, cabe destacar que el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a documentos públicos prevé que los estados adheridos deben aplicar las medidas adecuadas para, entre otros requerimientos, organizar y clasificar sus documentos de forma eficiente, con la finalidad de que sean fácilmente accesibles, y aplicar reglas claras sobre la preservación y destrucción de sus documentos (art. 9, letras d y c).

El acceso a la información pública desde la perspectiva del derecho de participación política de los cargos públicos también ha sido objeto de valoración del Síndic, que se ha pronunciado sobre diferentes cuestiones que afectan al derecho de acceder a la información pública para poder cumplir con las funciones inherentes a su cargo.

La labor de control democrático que tienen atribuida los cargos públicos electos comporta que el derecho de acceso a la información pública disponga, en este caso, de una regulación específica, con un nivel de protección superior a los ciudadanos en general.

Por otra parte, las excepciones están previstas de forma más restrictiva y deben interpretarse también en este sentido. Así, cuando el órgano de gobierno municipal ha denegado informaciones que han sido solicitadas por concejales, basándose en la protección de la intimidad, el Síndic ha solicitado que esta excepción sea ponderada con la exigencia del deber de reserva de los concejales.

Así, en el *Informe al Parlamento 2006*, el Síndic manifestó que cuando es un cargo electo local quien pide acceder a una documentación determinada, si bien se puede denegar cuando se pueda vulnerar el derecho constitucional al honor, la intimidad personal, familiar o la propia imagen, el derecho a la intimidad únicamente debe prevalecer en los casos en que el acceso a los datos que afectan a la intimidad de un tercero resulte manifiestamente ajeno a la función de control y fiscalización política. Incluso en los casos en que debe prevalecer el derecho a la intimidad, el principio de proporcionalidad impone que se facilite, cuando menos, una comunicación parcial de los documentos, una vez eliminados los aspectos afectados por dicho derecho.

Éstos han sido los planteamientos que el Síndic ha formulado en relación con el derecho de acceso a la información (a grandes rasgos y de forma muy sintética). El común denominador de estos pronunciamientos, como buena práctica sugerida por el Síndic, es que la Administración no pueda exigir una justificación de la finalidad de la consulta de información, ni alegar razones de oportunidad para denegar el derecho de acceso. Además, debe interpretar restrictivamente las causas de denegación legalmente previstas.

### 3.2. El Código de Buenas Prácticas Administrativas y el derecho de acceso a la información

Desde su experiencia en el ejercicio de supervisión de las administraciones públicas catalanas y de control sobre la mala administración, el Síndic creyó conveniente elaborar y presentar, a consideración de todas las administraciones públicas catalanas, un código de buenas prácticas administrativas, aprobado por resolución de 2 de septiembre de 2009.

Este código, inspirado en el Código de Buena Conducta Administrativa del Defensor del Pueblo Europeo, que aprobó el Parlamento Europeo en el año 2001, pretende fijar unos principios básicos del contenido que debe configurar el derecho a la buena administración, y se plantea a partir del reconocimiento del derecho a la buena administración recogido en el artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la función de asegurar que las administraciones garanticen el derecho a la buena administración, que la Ley 24/2009, de 23 de diciembre, atribuye al Síndic.

En este código, el principio de legalidad es el pórtico en el que se encuadran todos los principios restantes (diecisiete) y está presente en todos sus desarrollos. La formulación de los diecisiete principios es, necesariamente, genérica y se completa con una recopilación de buenas prácticas, derivadas de las resoluciones que, a lo largo de los años, el Síndic ha dirigido a las administraciones para garantizar la buena administración. Se trata de una recopilación y una selección de prácticas derivadas de casos concretos, pero formuladas en la medida en que sean aplicables de esta forma.

Uno de los principios recogidos en este código es el relativo al acceso a la información, publicidad y transparencia. El Código también incluye un conjunto de recomendaciones que el Síndic ha ido planteando a lo largo del tiempo y que entiende que pueden contribuir a configurar el derecho a la buena administración en este ámbito específico. A continuación, se destacan algunos de los enunciados de buenas prácticas incluidas en el Código en relación con el acceso a la información y la transparencia.

#### a) Buenas prácticas sobre el derecho de acceso a la documentación pública

Respecto al derecho de acceso a la información, se ha señalado que es necesario regular sus condiciones de ejercicio y sus límites, y que estos límites deben interpretarse de forma restrictiva.

También cabe destacar que la Administración no puede exigir una justificación sobre la finalidad de la petición de información y que no puede alegar razones de oportunidad para denegar el acceso.

Asimismo, el Código señala que cuando los documentos que quieren consultarse afectan a la intimidad de terceras personas hay que valorar si el acceso parcial a los documentos o la disociación de los datos identificativos permiten dar satisfacción a la petición sin vulnerar el derecho a la protección de datos personales.

#### b) Buenas prácticas sobre la información en relación con la tramitación de un expediente administrativo

En cuanto a la documentación contenida en un expediente administrativo, aparte de la aplicación de las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debe ponerse de relieve la necesidad de coordinar las administraciones y los servicios que intervienen en un mismo procedimiento para garantizar el acceso a la información completa.

En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, el Síndic ha solicitado el reconocimiento de un estatus jurídico específico para la persona denunciante, diferente al de persona interesada, y como contrapartida a su posición de colaborador con la Administración, que pone en su conocimiento hechos que presuntamente pueden ser constitutivos de infracción. En cualquier caso, la persona denunciante que no es titular de un interés legítimo en el procedimiento debe ser informada de las actuaciones derivadas de su denuncia y de su resultado.

#### c) Buenas prácticas en la prestación de los servicios de información

La información sobre los recursos y servicios que las administraciones ofrecen a los ciudadanos y sobre los requisitos para acceder a ellos debe ser fácilmente accesible y a través de diferentes canales.

**d) Buenas prácticas sobre publicidad y transparencia**

Desde la perspectiva de la transparencia como forma de difusión activa de información pública, el Síndic ha recordado que es necesario hacer públicas las circulares e instrucciones que tengan incidencia en los ciudadanos y,

aunque no tengan carácter de norma jurídica, difundir los criterios de interpretación de las normas adoptadas por la Administración.

También hay que garantizar la publicidad de las convocatorias y de los resultados de los procesos de selección.

## 4. ALCANCE Y CONTENIDO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: CONSIDERACIONES DEL SÍNDIC

### 4.1. La necesidad de una nueva regulación

Anteriormente se han expuesto las críticas a la regulación básica del derecho de acceso a la información en España. El elemento más cuestionado es que esta regulación es manifiestamente insuficiente, con una visión del derecho de acceso restrictiva y alejada de los estándares de la legislación comparada.

La regulación básica del derecho sólo hace referencia a la información contenida en expedientes administrativos y deja de lado toda la información en poder de la Administración que no forma parte de un procedimiento administrativo concreto.

Es consecuencia de este enfoque procesal la importancia que se da a la condición de interesado en el procedimiento y a la necesidad de justificarla para obtener la información, así como el hecho de que la regulación básica determine los requisitos para acceder a la información que el ciudadano solicita, pero no haga referencia a la iniciativa de la propia administración de difundir la información que posee y que pueda ser de utilidad para las personas y empresas, en línea con una concepción moderna y democrática del derecho de acceso a la información.

En este sentido, la regulación del artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, está basada en una concepción en que el acceso a la información sólo es una reacción a la demanda del ciudadano que se quiere contraponer al interés público (real o pretendido) en la preservación del secreto de la información, no en un auténtico derecho de los ciudadanos y una expresión del principio de transparencia que debe regir la actuación de las administraciones públicas. Esta doble perspectiva del contenido del derecho de acceso (derecho individual a obtener información de interés personal y manifestación del principio de transparencia, como instrumento de control democrático) no está presente en la regulación básica de la Ley 30/1992.

En el *Informe al Parlamento* 2004 ya se afirmaba que “somos de la opinión que hay que superar la lógica de la petición individualizada de la información y sustituirla por la predisposición de las administraciones a difundir la información administrativa, y hacer más pública y transparente su actividad, mediante estas tecnologías”. Hay que remarcar, en este sentido, que de un tiempo a esta parte las administraciones públicas ya han iniciado una labor de difusión activa de información pública de interés ciudadano, fundamentalmente por medios electrónicos.

La extensión del uso de las tecnologías de la información y la comunicación facilita, sin duda, esta labor de difusión proactiva de información pública de interés para los ciudadanos, y aporta herramientas para la investigación, la selección y la difusión de grandes cantidades de información a un coste relativamente bajo.

Esta carencia normativa ha sido corregida de forma sólo parcial por la Ley que transpone la Directiva en materia de reutilización de información pública y las leyes estatal y catalana que regulan la relación entre los ciudadanos y las administraciones por medios electrónicos, que introducen por primera vez la obligación de las administraciones de difundir información de calidad sobre los servicios que prestan.

Sin embargo, en la medida en que la difusión de información es, en definitiva, un requisito para la plena eficacia del principio de transparencia y de rendición de cuentas en la actuación pública, y para favorecer la participación informada en la adopción de decisiones públicas, el Síndic considera que una norma que regule íntegramente el derecho de acceso a la información pública también debe hacer referencia a la obligación de difundir información de interés público. Asimismo, hay que tener presente que una actividad intensa de difusión informativa también reduciría la necesidad de peticiones expresas de acceso.

En esta línea, cabe destacar, por ejemplo, la previsión de la FOIA-GB, que obliga a todos los organismos públicos a disponer de mecanismos de difusión de información, y el papel que la autoridad independiente en materia de acceso a la información puede tener como facilitadora de pautas y protocolos de difusión de información pública (lo destacó el propio representante del Comisionado para el Acceso a la Información de este país en las Jornadas de mayo de 2010).

A las carencias anteriores, hay que añadirle, tal y como se ha destacado en el epígrafe 2.2.1, la ausencia de un procedimiento específico para obtener información pública, dentro de un plazo razonable de respuesta, y de mecanismos de defensa de su ejercicio, como por ejemplo un régimen de recurso también singular y la creación de un organismo independiente para la protección del derecho de acceso en términos análogos al que ya existe en materia de protección de datos personales.

Además, la regulación de excepciones al derecho de acceso se ha fijado de forma enumerativa, sin fijar ningún criterio de aplicación. Esta carencia es especialmente significativa en el caso de la protección a la intimidad, que genera buena parte de las denegaciones de acceso y que a menudo se aplica de forma abusiva, partiendo de una configuración absoluta del derecho a la intimidad, como instrumento para evitar facilitar información pública que debería ser accesible. En este sentido, la necesidad de fijar pautas para armonizar la aplicación de los dos derechos se hace especialmente evidente.

En cuanto a esta cuestión, cabe destacar el uso, en derecho comparado, de los mecanismos del test de daño efectivo y de interés público superior en la difusión, del principio de proporcionalidad y de la necesidad de ponderar, caso por caso, los dos derechos para determinar cuál debe prevalecer y con qué alcance. Se hará una referencia expresa a estas cuestiones en los apartados 4.2.5 y 4.2.6 de este informe.

Al margen de la norma básica en materia de régimen jurídico de las administraciones públicas, en último término, hay que poner de relieve, como elemento que dificulta el ejercicio del derecho de acceso a la información, la dispersión normativa. Aparte de las normas sectoriales que regulan el acceso en sectores concretos de actividad administrativa, existen, como se ha destacado en el epígrafe 2.2, otras normas que regulan aspectos concretos relacionados con el derecho de acceso.

De este conjunto de deficiencias se desprende que hay que regular el derecho de acceso a la información pública mediante una ley singular que regule de forma íntegra todos los aspectos del derecho y que supere las carencias señaladas y la dispersión normativa actual.

La opción de una ley singular que regule de forma completa el derecho de acceso a la información pública ha sido, por otra parte, el modelo seguido por el Convenio del Consejo de Europa y por los países que han querido potenciar el acceso a la información en poder de las administraciones públicas, y también es la opción escogida para regular el acceso a la información en poder de las instituciones de la Unión Europea, como se ha señalado anteriormente. Y ésta parece que será también la opción del legislador catalán, ya que, en el momento de redactar este informe, una ponencia conjunta trabaja en el Parlamento de Cataluña con el objetivo de elaborar una propuesta de regulación singular.

Asimismo, hay que remarcar que los ponentes en las Jornadas sobre Acceso a la Información del mes de mayo de 2010 coincidieron en cualificar la regulación actual como insuficiente y superada, y reclamaron una norma adaptada a una concepción actual de aquello que debe ser la transparencia de la Administración pública y de sus actos de gobierno, equiparable al modelo propugnado por el Convenio del Consejo de Europa. Un dato significativo en este sentido es que España es uno de los pocos estados miembros de la Unión Europea que aún no dispone de una ley específica que regule el acceso a la información en poder de las administraciones públicas.

En esta reclamación de una nueva regulación también están presentes organizaciones de profesionales de los medios de comunicación y prensa, que ven como sus esfuerzos para obtener información pública objetiva, veraz y actualizada chocan a menudo con la falta de instrumentos legales para hacer efectivo el acceso y la reticencia a difundir activamente información de interés público, aún muy arraigada en la práctica administrativa. Igualmente, organizaciones no gubernamentales comprometidas con la transparencia y evaluación de las políticas públicas reclaman un cambio regulatorio y cultural en el acceso a la información.

En este contexto se plantea, en el epígrafe siguiente, una valoración sobre diferentes elementos que la nueva regulación del derecho de acceso a la información pública, en opinión del Síndic, debería contener.



## 4.2. La configuración del derecho de acceso a la información: aspectos concretos que cabe regular

En este epígrafe no se pretende hacer una enumeración detallada de cuál debe ser el contenido del derecho de acceso a la información, decisión que, por otra parte, corresponde al legislador, sino sólo plantear, desde la perspectiva de lograr un pleno reconocimiento de este derecho y de permitir un ejercicio eficaz del mismo, algunos aspectos concretos que se entiende que forman parte de su configuración esencial.

### 4.2.1. La naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública como cuestión previa

Una primera cuestión que hay que plantear es si el derecho de acceso a la información pública debe configurarse como un derecho fundamental, con los instrumentos de garantía y la regulación específica que nuestro ordenamiento jurídico otorga a estos derechos.

El artículo 105 de la CE, que reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, se incluye en el título IV, dedicado al Gobierno y a la Administración, es decir, lejos del apartado dedicado a los derechos fundamentales. El Estatuto de Autonomía de Cataluña lo regula como una obligación de la Administración de la Generalitat en el apartado que le dedica, como si se tratase de una cuestión más relacionada con la organización que con el reconocimiento de un derecho de las personas.

Por lo tanto, pese a que se trata de un derecho con cobertura constitucional y estatutaria, el hecho de que no forme parte de los derechos que la propia CE enumera como fundamentales comporta que sólo pueda ser considerado como derecho fundamental (ésta ha sido la tesis de una parte de la doctrina) si se entiende que su configuración deriva de la vinculación directa con algunos de los derechos que sí tienen esta condición: fundamentalmente el derecho relativo a la libre circulación e intercambio de información veraz (art. 20.1.d de la CE) y el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23 de la CE).

Sin embargo, la posición de los tribunales hasta ahora ha sido contraria a reconocer al derecho de acceso a la información pública el carácter de derecho fundamental, y ha considerado que no forma parte ni está vinculado al derecho de libre circulación e intercambio de información veraz

del artículo 20.1.d de la CE. En este sentido son ilustrativas las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999 y de 19 de mayo de 2003. Por otra parte, también existen muchas sentencias que vinculan el derecho de acceso a la información del artículo 105 de la CE al ejercicio correcto del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del artículo 23.1 y la importancia del derecho del artículo 20.1.d como garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático, pero sin otorgar al derecho de acceso a la información pública rango de derecho fundamental. En este sentido, destacan la Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, del Tribunal Constitucional, y el Auto del mismo tribunal de 15 de noviembre de 2006, y las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 y de 19 de mayo de 2003.

Si bien la jurisprudencia es unánime a la hora de entender que el derecho de acceso a la información en poder de las administraciones no forma parte ni deriva del derecho fundamental del artículo 20.1.d de la CE, una parte de la doctrina sí ha considerado que debía otorgarse a este derecho el rango de fundamental, aunque no de forma mayoritaria.

Esta tesis se fundamenta, esencialmente, en la consideración que existe una vinculación directa e indisoluble entre el acceso a la información pública y el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, en la medida en que no es posible el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 23.1 de la CE, sin disponer de acceso a la información suficiente y de calidad, tanto por parte de los ciudadanos que pueden ejercer su derecho de participación de forma directa como por parte de sus representantes políticos.

De esta forma, al considerar el derecho de acceso a la información como instrumento necesario para hacer realidad el derecho fundamental de participación, esta conexión directa acercaría la naturaleza y el rango del derecho de acceso al de derecho fundamental, pese a no haber sido configurado específicamente como tal por el constituyente.

La tesis más extendida, coincidiendo con los tribunales, sostiene que no se trata de un derecho fundamental, aunque sí vinculado a los derechos fundamentales de participación política y de libertad de información.

En la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, presentado por el anterior Gobierno del

Estado el 29 de julio de 2011, esta vinculación se expresa en los términos siguientes: “el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública están llamados a robustecer el principio democrático, a la vez que abren y ensanchan las vías de comunicación entre los ciudadanos y los que se ocupan de la gestión de los asuntos públicos. Por otra parte, si transparencia y derecho de acceso a la información dan sustancia al ‘derecho a saber’ de los ciudadanos, también es evidente que su eficacia complementa y refuerza la del derecho fundamental a recibir libremente información del artículo 20.1.d de la CE, un derecho del que depende la posibilidad misma de la existencia de la opinión pública, elemento indisociable del pluralismo político propio del Estado democrático”.

En cualquier caso, más allá de la cuestión específica sobre la naturaleza de este derecho, el Síndic considera que la regulación legal del derecho de acceso debe aportar los instrumentos necesarios para garantizar su ejercicio efectivo y con plenas garantías, y para favorecer la cultura de la transparencia informativa, la rendición de cuentas y la participación informada, como valores democráticos esenciales. El hecho de que el derecho de acceso a la información pública en las normativas española y catalana no esté considerado como fundamental no puede justificar una regulación restrictiva y poco garantista como la actual, ni tampoco que necesariamente tenga que claudicar en los supuestos de confrontación con otros derechos, con rango de fundamentales o no (se hará referencia específicamente a esta cuestión en el apartado 4.2.5).

Además, el hecho de que se trate de un derecho de configuración legal, de forma que el contenido constitucional y estatutario dejan un amplio margen de decisión al legislador ordinario para definir sus contornos, comporta que éste debe ser especialmente cuidadoso a la hora de fijar su alcance y los instrumentos para su ejercicio, para no limitar innecesariamente su eficacia. Por ello, si bien la ley que regule el derecho de acceso puede añadir limitaciones adicionales a las que fija el artículo 105 de la CE, estas limitaciones deberán tener una justificación objetiva y ser proporcionales a la finalidad pretendida.

Finalmente, es necesario insistir en el hecho de que la experiencia de otros países, los tratados y los convenios internacionales, y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea aportan pautas suficientes para dotar de contenido el derecho de acceso a la información, con una configuración moderna y adaptada a los requerimientos de una

sociedad democrática y alejada de la regulación restrictiva, parcial y dispersa que actualmente contiene nuestro ordenamiento jurídico sobre esta materia.

## 4.2.2. Legitimación activa y pasiva

### 4.2.2.1. Legitimación activa

El artículo 105 de la CE atribuye la titularidad del derecho de acceso a los ciudadanos, concepto que podría llevar a excluir a las personas que no son titulares de todos los derechos de participación política, justamente por la vinculación del derecho de acceso con el derecho regulado en el artículo 23 de la CE.

El Síndic considera, sin embargo, que a pesar de la dicción literal del artículo 105, el derecho de acceso a la información pública debe reconocerse con la máxima amplitud posible. Eso comporta que cualquier persona, independientemente de su condición, debe poder solicitar el acceso a la información pública. Así, incluye tanto a personas físicas como jurídicas, y tanto a las nacionales como a las extranjeras. Tampoco debe ser necesario acreditar un interés concreto respecto a la información que se solicita, sin perjuicio de que este aspecto pueda ser relevante cuando sea necesario ponderar el interés en el acceso en relación con otros derechos o intereses que puedan resultar afectados (apartado 4.2.6 de este informe).

En este sentido, en una nueva regulación del derecho de acceso debe ser un principio básico que la regla general sea la accesibilidad de la información y que las exclusiones deban estar reguladas por ley y fundamentadas en razones objetivas, no subjetivas, de forma que no se puede exigir a quien solicita el acceso que acredite un interés personal o que motive su petición, sino que lo que hay que motivar es justamente la denegación, fundamentada en causas objetivas y fijadas legalmente.

Ésta ha sido, por otra parte, claramente la opción de las leyes sobre el acceso a la información pública más modernas (casos del Reino Unido y Eslovenia, tal y como destacaron los representantes de los comisionados respectivos en las Jornadas de mayo de 2010) y específicamente del Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a la información pública de 18 de junio de 2009 (art. 2.1), que ya se ha indicado que debe constituir un referente primordial a la hora de afrontar una regulación *ex novo* de este derecho.

Una cuestión que hay que valorar específicamente es si un menor de edad o una persona incapacitada pueden solicitar directamente el acceso a la información o lo deben hacer a través de quien ejerce su patria potestad o tutoría.

En principio, a falta de regulación específica, sería aplicable lo establecido en el artículo 30.e la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que reconoce la capacidad de obrar ante las administraciones públicas a los menores en los mismos términos que las normas civiles y cuando “su actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo”. Por lo tanto, cabe entender que la norma específica que regule el derecho de acceso podría fijar los supuestos en los que un menor de edad puede ser titular del derecho de acceso y ejercerlo directamente.

Cabe remarcar que el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a la información pública y buena parte de las normas que regulan este derecho en otros países reconocen el derecho de acceso con la máxima amplitud y sin restricciones. Por esta razón, el Síndic considera que el reconocimiento del derecho de acceso para los menores de edad debería ser, como mínimo, equivalente al establecido para consentir el tratamiento de datos personales en el artículo 13.1 del Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (mayores de catorce años, salvo que la Ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela).

#### 4.2.2.2. Legitimación pasiva

En cuanto a los sujetos que poseen la información pública, el Síndic también entiende que es preciso optar por la máxima amplitud, de forma que incluya la totalidad de organismos públicos, incluidas las empresas públicas de forma societaria.

##### a) La Administración de justicia y los órganos constitucionales y estatutarios

El Síndic considera que una futura ley sobre acceso a la información debe incluir en su ámbito de aplicación a la Administración de justicia, sin perjuicio de establecer como excepción la afectación de la intimidad y, específicamente, aquella información cuya difusión pueda afectar al desarrollo de los procedimientos y las investigaciones judiciales o al ejercicio correcto de la función de impartir justicia. Esta excepción, sin embargo, debería estar sujeta a las mismas limitaciones y criterios

de aplicación restrictiva señalados en el apartado 4.2.5 de este informe.

En cuanto a la información pública del resto de órganos constitucionales y estatutarios, incluidos los que integran el poder legislativo, el Síndic entiende que, teniendo presente lo previsto por el Convenio del Consejo de Europa, deberían incluirse en el ámbito de aplicación de la ley, cuando menos en todo aquello relativo al desarrollo de las funciones administrativas, a pesar de que queda en el ámbito de decisión del legislador incluir también, dentro del acceso, la información relativa en el resto de sus actividades. Aquí cabría observar, en los mismos términos que se aplique en el resto de autoridades públicas, el régimen de las excepciones al derecho de acceso.

El Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública del Ministerio de Presidencia del 2009 somete el procedimiento de acceso a la información en el ámbito del poder legislativo y judicial y de otros órganos constitucionales a sus normas de organización y de procedimiento, si bien entiende que determinadas previsiones del Anteproyecto deben considerarse disposiciones comunes. La Proposición de Ley formulada por el Grupo Popular en el Congreso de los Diputados excluye a estos órganos del ámbito de aplicación de la ley, y también hace remisión a sus normas de organización y de funcionamiento.

En cambio, el último proyecto de ley presentado por el anterior Gobierno el 29 de julio de 2011 dispone que la ley es aplicable a la información pública del congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como del Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y de las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a derecho administrativo.

##### b) Los contratistas y las empresas privadas que prestan servicios de interés general

En cuanto a las empresas privadas contratadas por la Administración y las que proveen servicios considerados esenciales o de interés general, también deberían estar sujetas a las obligaciones de difusión y de acceso que fije la norma, si bien, obviamente, de forma restringida exclusivamente a la información relativa al ejercicio de funciones o servicios públicos, o en aquello referido a la prestación del servicio esencial, no a toda la información que poseen.

A pesar de ello, hay que tener en cuenta que, en estos supuestos, puede ser complejo determinar la información que debe ser accesible entre la que posee el sujeto. En este sentido, cabría la necesidad de un esfuerzo para delimitar en la nueva regulación la información que debe ser accesible, cuando la información está en posesión de sujetos privados.

Tal y como se ha destacado en otros ámbitos de los derechos de las personas ante las administraciones públicas, lo que debe ser determinante de la aplicación de las normas y los mecanismos tuitivos de derecho público es el ejercicio de una función pública o la prestación de un servicio público, no la forma en que este servicio se presta. En este sentido, una concepción de los derechos de los ciudadanos ante la actividad pública que se centre en el aspecto subjetivo corre el riesgo de vaciarse progresivamente de contenido, ante la creciente presencia de sujetos privados que ejercen o colaboran en el ejercicio de funciones públicas y en la prestación de servicios esenciales.

Lo que debería ser relevante a los efectos de la aplicación de la normativa reguladora del derecho de acceso es que la información haga referencia a actividad pública, entendida en sentido amplio, con independencia de que esté en posesión de un sujeto público o privado. Y si determinada información de relevancia pública no puede ser accesible, debe ser por razones objetivas y motivadas, porque exista una excepción al acceso, no por razón del ente o la persona que posee esta información.

Este planteamiento está en línea con lo establecido por el Convenio del Consejo de Europa de 18 de junio de 2009, que determina que las personas físicas o jurídicas, en la medida en que ejerzan actividades que impliquen autoridad pública, están sujetas a las determinaciones del Convenio en relación con la información pública que posean (art. 1.2.a, apartado 3). También incluye a la Administración de justicia (art. 1.2.a, apartado 2), si bien prevé también la posibilidad de establecer exclusiones dirigidas a proteger el funcionamiento eficaz de la función judicial y la igualdad de las partes en el procedimiento (art. 3.1.y).

Sin embargo, en cuanto a sujetos privados que ejerzan funciones públicas u operen con fondos públicos, su inclusión no es una previsión obligatoria que dimanase de la adhesión al Convenio, sino que queda a decisión del legislador interno (art. 1.2.b, apartado 3).

En este sentido, respecto a esta cuestión, el Memorándum explicativo elaborado por el Consejo de Europa señala que los redactores del Convenio fueron conscientes de que no había una noción común entre los estados miembros sobre qué hay que entender como ejercicio de funciones públicas, a los efectos de la sujeción al derecho de acceso, con notables diferencias de un país a otro, lo que hacía difícil incluir un concepto en el Convenio compatible con todas estas concepciones y con la tradición de cada sistema jurídico. Por este motivo, la inclusión de entes o de personas que ejerzan funciones públicas y la propia noción de funciones o actividades públicas son decisiones que el Convenio remite al legislador interno.

En cuanto al derecho comparado, la concreción de los sujetos sometidos a la ley sobre acceso a la información pública no es uniforme, y existen algunas normas con notables exclusiones (algunas de ellas, como en el caso de la FOIA-IRL, a partir de la reforma del año 2003, junto con el cobro de tasas por el acceso, sólo pueden entenderse desde una voluntad expresa del legislador de restringir globalmente el acceso a la información pública) y otras con un ámbito subjetivo remarcablemente amplio, como en el caso de Eslovenia, que incluye de forma expresa a la Administración de justicia y a las empresas contratistas de la Administración.

El Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública que elaboró el Ministerio de la Presidencia en el año 2009 reconocía el derecho de acceder a la información pública a “todas las personas”, sin necesidad de motivar la solicitud (art. 4 del Anteproyecto). Esta previsión se mantiene en el último anteproyecto presentado por este ministerio el 29 de julio de 2011 y también se incorpora a la Proposición de Ley formulada por el Grupo Popular en el Congreso de los Diputados.

En cuanto al sujeto pasivo del derecho a acceder a la información pública, el Anteproyecto optaba –acertadamente, en opinión del Síndic– por un criterio objetivo de delimitación, de forma que considera información pública sujeta al derecho de acceso aquella que obre en poder de entidades y de sujetos que, a pesar de no tener la condición de “poder público”, “presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas”, pero sólo cuando la información “haya sido generada u obtenida en el ejercicio de su actividad pública”. En los mismos términos se pronuncia la Proposición de ley del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados.

A pesar de que el Síndic valora positivamente esta previsión, en la delimitación del ámbito de aplicación del derecho de acceso que hace el Anteproyecto se echa de menos la inclusión de la información en poder de las empresas privadas que prestan servicios esenciales o de interés general, sin perjuicio de que, en estos supuestos, pueda ser necesario establecer limitaciones específicas, siempre y cuando sean razonables y justificadas y tomen como punto de partida la regla general de libre acceso a la información relacionada con una concepción amplia de actividad pública.

El Anteproyecto presentado el 29 de julio de 2011 incluye dentro de su ámbito de aplicación la información pública en poder de las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas.

#### 4.2.3. Concepto de información pública que debe ser accesible

Al valorar la regulación vigente en materia de derecho de acceso a la información pública se ha señalado que la legislación básica es extremadamente restrictiva porque vincula el acceso sólo a la información pública contenida en un procedimiento administrativo que, además, debe ser un procedimiento finalizado, salvo que se tenga la condición de interesado.

También se ha remarcado en el apartado anterior que lo que debe determinar que una información concreta esté sujeta a la regulación del derecho de acceso es su vinculación a la actividad pública, en sentido amplio, más allá de si quien la ha elaborado o recibido y quien ostenta su posesión es un organismo público o privado. En este sentido, la idea de transparencia y control democrático sobre la actividad pública requiere esta noción extensiva.

Otro aspecto relativo a la tipología de información que debe ser accesible y que puede generar controversia es si debe incluir en el derecho de acceso la información que hace referencia a actuaciones y decisiones públicas que están en proceso de elaboración y la que tenga que ser reelaborada o confeccionada de forma expresa a partir de la solicitud de acceso.

En cuanto a esta cuestión, cabe señalar que si bien parece lógico dejar fuera del derecho de acceso los documentos inacabados, los

borradores sin forma de documento o la elaboración de información o documentos “a demanda”, es más discutible, desde una perspectiva del principio de transparencia democrática y rendición de cuentas, que deban quedar excluidos los informes y documentos preparatorios, las actas de reuniones deliberatorias y las comunicaciones internas, por el simple hecho de que se trata de una documentación auxiliar o preparatoria; es decir, porque no son en sí mismas una toma de decisión o un ejercicio de una función o actividad pública, sino actuaciones de apoyo o preparación de este ejercicio de función o toma de decisión.

En este sentido, hay que alertar que promover una visión del derecho de acceso constreñida al que podría denominarse *documento final* supone una restricción del derecho de acceso que no estaría justificada o, cuando menos, no como restricción genérica para todos los casos.

Nuevamente, cabe recordar, en este punto, que las limitaciones al acceso deben estar motivadas y deben establecerse por razones objetivas de protección de otros derechos o intereses a los que la difusión pueda afectar. Por lo tanto, cuando el conocimiento de una información no definitiva, un informe o una nota preparatoria puede ser de interés público desde la perspectiva de la evaluación de la actuación pública, no debería quedar excluida de acceso sólo por este carácter auxiliar o no definitivo, sino que es preciso que el acceso – como cuando se trata de información definitiva – pueda comportar algún perjuicio a otros derechos o intereses y que la exclusión sea necesaria para su protección.

Partiendo de esta premisa, conviene detenerse nuevamente en aquello que el Convenio del Consejo de Europa señala en relación con las limitaciones al acceso a la información pública:

- Deben estar establecidas de forma expresa y precisa por ley.
- Deben ser necesarias en un modelo de sociedad democrática.
- Deben ser proporcionales a la finalidad de protección pretendida con la exclusión.

Difícilmente se adecua a estos parámetros una exclusión genérica e imprecisa del derecho de acceso a la información no definitiva, auxiliar, que no está basada en el contenido de la información y la posible

afectación de derechos de terceros o de ámbitos materiales de actuación pública que requieren reserva.

De acuerdo con este planteamiento, hay que ser crítico con la previsión del artículo 2.3 de los dos anteproyectos de ley presentados por el anterior Ministerio de Presidencia, que excluyen del ámbito de aplicación la información auxiliar y de apoyo para el ejercicio de la actividad pública que no tenga carácter oficial y no esté destinada a formar parte de un expediente, así como con la previsión respecto a la proposición de ley presentada por el Grupo Popular (art. 4), cuando determina que queda excluida del derecho de acceso a la información toda la documentación preparatoria de la actividad de los órganos administrativos.

Sin embargo, cabe decir que la Ley Federal alemana sobre Acceso a la Información Pública, de 5 de septiembre de 2005, excluye del acceso las notas y los proyectos que no formen parte de un expediente. También excluye la información relativa a decisiones en proceso de ser adoptadas, si bien, en este último caso, de forma matizada: sólo en la medida en que la difusión prematura pueda interferir en el proceso de toma de la decisión, y con la obligación de informar al solicitante de la finalización del procedimiento y, por lo tanto, de la decisión adoptada (sección 4 de la Ley, con el enunciado “protección del proceso de la elaboración de la decisión oficial”).

En términos similares se pronuncia la Ley de Acceso a la Información Pública de Eslovenia, artículo 6.1.9, que establece como excepción al acceso “la información en proceso de elaboración, si aún está en proceso de discusión en el seno de la Administración y si la divulgación puede comportar que se interprete erróneamente su contenido”.

En línea con las mencionadas normas, el Síndic considera que si bien la exclusión de información en proceso de ser publicada a corto plazo o la que se tendría que elaborar de forma expresa para el peticionario estaría justificada, en el caso de la información de apoyo y preparatoria de actuaciones o decisiones administrativas sólo estaría justificada en los supuestos en que la divulgación pueda perjudicar el proceso de deliberación y adopción de decisiones públicas, porque la información contenida en documentos preparatorios puede ser de interés público y su exclusión sólo se justifica

a partir del perjuicio que la difusión pueda generar, y no de forma genérica.

Finalmente, hay que remarcar que una ley que pretenda regular íntegramente el derecho de acceso y la transparencia en la actuación pública también debe establecer la obligación de difundir información relevante para los particulares y las empresas y, en la medida en que sea posible, enumerar supuestos en que la difusión sería obligatoria, sin perjuicio de lo que puedan prever sobre esta cuestión las normas sectoriales que regulen la materia.

En este mismo sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a la Información Pública prevé que las autoridades públicas deben difundir información pública con el fin de promover la transparencia y eficiencia de las administraciones y favorecer la participación informada de los ciudadanos en materias de interés general (art. 10).

#### **4.2.4. El procedimiento de acceso: plazo y silencio, denegación motivada y vía de recurso**

Continuando con este intento de definir las características esenciales de lo que debería ser una regulación del derecho de acceso a la información pública, a continuación hay que hacer referencia a la necesidad de regular un procedimiento específico que enmarque el ejercicio de este derecho, y de establecer mecanismos de impugnación y revisión de las resoluciones que denieguen las solicitudes.

Una de las carencias que unánimemente se ha destacado de la regulación actual es que no prevé un procedimiento específico para resolver las solicitudes de acceso con suficiente agilidad para no vaciar de contenido este derecho.

En este sentido, el procedimiento administrativo general, aplicable a falta de previsión específica, y con un plazo para resolver y notificar la resolución de tres meses, es marcadamente inadecuado para el ejercicio de un derecho que claramente requiere una respuesta más rápida y que difícilmente, en la gran mayoría de casos, presenta una complejidad que justifique la aplicación de este plazo.

Se ha señalado anteriormente que un número importante de regulaciones en países de nuestro entorno han fijado el plazo máximo de resolución en 15 días naturales o 20 laborables, y que el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a la Información exige una respuesta ágil y rápida.

La previsión sobre esta cuestión del primer anteproyecto de ley del Ministerio de Presidencia se sitúa en una posición intermedia. Así determina un plazo de 30 días hábiles, como máximo, para resolver la solicitud, si bien con la peculiaridad de que, para que el silencio tenga efectos positivos, es necesario que la persona solicitante reitere la solicitud en un plazo de 10 días desde la finalización del plazo para resolver, y el silencio no tendrá efectos hasta que transcurran 30 días más desde la confirmación de la solicitud. La Proposición de ley del Grupo Popular prevé un plazo máximo de 15 días hábiles y reproduce las previsiones sobre los efectos positivos del silencio en caso de reiteración de la solicitud.

En cambio, el último anteproyecto de ley presentado por el Ministerio de Presidencia en julio de 2011 prevé un plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver y el sentido del silencio es negativo.

En cuanto al sentido del silencio, si la regla general debe ser el acceso y la denegación debe basarse en causas fijadas legalmente, cabe entender que el sentido del silencio sólo puede ser positivo. Confirmar la solicitud, en los términos del anteproyecto mencionado, es una carga injustificada para el ciudadano, con más motivo si se tiene en cuenta que ya se prevé la posibilidad de disponer de un plazo adicional de 30 días más, a iniciativa del órgano que debe facilitar la información, cuando el volumen o la complejidad de la información solicitada impidan cumplir con el plazo general.

En conclusión, para que el derecho de acceso a la información sea efectivo, hay que prever un plazo corto para resolver la solicitud, que, como plazo general, el Síndic considera adecuado fijar en 15 días, sin perjuicio de la posibilidad de ampliarlo por el mismo plazo, como máximo, por causa del volumen o la complejidad de la información solicitada. Esta opción de prórroga debería comunicarse al interesado durante los primeros cinco días posteriores a la solicitud, indicándole los motivos que justifican, en relación con la petición concreta, la ampliación del plazo ordinario. El sentido del silencio debe ser estimatorio, sin necesidad de actuaciones adicionales o confirmatorias.

En el apartado siguiente se hace referencia a la fijación de excepciones a la regla general de acceso y las pautas para su aplicación. Se avanza sólo aquí que la resolución que desestime la solicitud debe ser motivada y debe estar amparada en una

de las excepciones al acceso previstas en la ley en una lista cerrada.

Otro aspecto que la ley debe determinar es si el acceso a la información debe comportar algún tipo de contraprestación.

En cuanto a esta cuestión, hay que remarcar, como ya se ha dicho, que el Convenio del Consejo de Europa determina que el acceso no debe comportar coste alguno para quien lo solicita, con la opción de repercutirle el coste de los servicios proporcionados por los archivos o los museos, o el de las copias de los documentos en el formato que se expida.

El Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a los Ciudadanos a la Información Pública elaborado por el Ministerio de Presidencia en el año 2009 prevé que el acceso a la información in situ es gratuito, sin perjuicio de la legislación específica de archivos, bibliotecas y museos, a pesar de que la expedición de copias y la transposición a formatos diferentes al original puede someterse al pago de una cantidad que no exceda sus costes. Esta última previsión se mantiene en el anteproyecto presentado por el Ministerio el 29 de julio de 2011, a pesar de que ya no hace referencia al acceso gratuito de la información in situ.

La Proposición de Ley formulada por el Grupo Popular en el Congreso de los Diputados también determina que el acceso a la información sea gratuito, a pesar de que en el caso de archivos, bibliotecas y museos se ajustará a la legislación específica, y prevé la posibilidad de exigir una exacción por copia o transposición a formatos diferentes.

En relación con esta cuestión, el Síndic considera que es legítimo que la regulación del derecho de acceso establezca la posibilidad de exigir al solicitante que asuma el coste que genera la expedición de la copia de los documentos que solicita, si bien esta exacción debe tener el límite de repercutir estrictamente el coste que genera la expedición y en ningún caso puede tener un efecto disuasorio o restrictivo del acceso.

A la hora de regular un procedimiento de acceso a la información, también hay que establecer un sistema de revisión de las resoluciones que deniegan el acceso, sin perjuicio del derecho a dirigirse a los tribunales de justicia. Nuevamente en este caso, cabe destacar que el procedimiento de revisión en vía administrativa debe ser razonablemente ágil para evitar dilaciones innecesarias. Desde esta perspectiva,

el procedimiento de revisión en vía administrativa podría ser lo establecido a todos los efectos en la Ley 30/1992, pero cabría la necesidad de valorar la posibilidad de acortar los plazos de resolución.

En cuanto a las vías de impugnación, en los modelos de los países de nuestro entorno se ha optado mayoritariamente por crear una autoridad independiente con funciones de tutela sobre el derecho de acceso y de revisión de las decisiones adoptadas por las administraciones en este ámbito.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a la Información Pública también prevé la obligación de regular un procedimiento ágil de revisión, previo al acceso a los tribunales o a la autoridad independiente. La existencia de una autoridad independiente se configura como un instrumento de protección adicional del derecho, que actúa como garantía de revisión imparcial de la solicitud previa a la vía judicial.

Los modelos que ofrece el derecho comparado son diversos y van desde la constitución de una autoridad específica en la materia a la asignación de esta función a un organismo ya existente, que puede ser el ombudsman.

Como ejemplo de este supuesto, cabe destacar los casos de Nueva Zelanda y del Perú, que han asignado las funciones de tutela del cumplimiento de la Ley de Acceso a la Información al ombudsman. Austria, Finlandia, Rumanía y Suecia también disponen de un derecho adicional de petición al defensor. En el caso de Irlanda, la autoridad en materia de acceso a la información es independiente de la que ejerce estas funciones en materia de protección de datos. Aun así, como ya se ha señalado, actualmente la misma persona designada como ombudsman ha sido también nombrada comisionada de información. Ésta es una opción prevista de forma expresa en la FOIA-IRL. Se trata, sin embargo, de dos oficinas separadas orgánicamente y funcionalmente, y las resoluciones del Comisionado de Información tienen fuerza vinculante, a diferencia de las recomendaciones del ombudsman.

En los casos del Reino Unido, Eslovenia o Alemania, se ha optado por acumular en la autoridad independiente ya existente las funciones de tutela sobre los derechos de acceso a la información y protección datos, indistintamente.

En favor de esta segunda opción suele señalarse que permite que los conflictos entre derecho de acceso y de protección de datos, que son la causa más habitual de denegación de acceso, se resuelvan por una única autoridad, independientemente de

quien formule la reclamación (solicitante de información o titular de los datos), de forma que se favorece la homogeneidad de criterios y se evitan las confusiones de los ciudadanos que podrían producirse si tuviese que distinguir entre dos entes a la hora de reclamar. A estas ventajas es preciso añadirle el menor coste económico de concentrar las dos funciones en una única entidad.

Por contra, en favor de designar dos autoridades independientes, debe señalarse el riesgo de que se produzcan situaciones de desequilibrio y prevalencia de un derecho sobre el otro, especialmente cuando uno de los dos derechos tiene una protección legal o constitucional superior al otro y cuenta con una tradición de protección jurídica o de aplicación de la ley protectora durante un periodo largo de tiempo. Desde esta perspectiva, se ha destacado que este riesgo es mayor cuando uno de los dos derechos ha sido regulado de forma reciente y no ha sido aún asumido de forma consolidada, tanto entre los servidores públicos que deben aplicarlo como entre los posibles beneficiarios que pueden invocarlo.

En cualquier caso, se trata de una opción que corresponde adoptar al legislador libremente, en la que inciden elementos de oportunidad y de coste económico, no sólo de carácter técnico.

En el ámbito de la Administración del Estado, la opción formulada por el Ministerio de Presidencia en el primer anteproyecto de ley era acumular las funciones de protección de datos y de acceso a la información en una misma autoridad. En cambio, en el Anteproyecto presentado en julio de 2011, se opta por encomendar el fomento de la transparencia y la protección del derecho de acceso a la información pública a una comisión, de carácter colegial, adscrita al Ministerio de Presidencia. La Proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso tampoco prevé una autoridad independiente con funciones en materia de derecho de acceso a la información pública, sino que sólo establece que cuando el acceso ha sido denegado para proteger la intimidad de terceros y la persona solicitante formule recurso de reposición, el órgano que debe resolver el recurso debe solicitar un informe vinculante a la Agencia Estatal de Protección de Datos.

En el caso de Cataluña, en el momento de elaborar este informe se desconoce si se prevé crear una autoridad en materia de acceso a la información y cuál sería la opción escogida. Cabe remarcar, en todo caso, que la decisión del legislador catalán, en este aspecto de opción organizativa, debería ser plenamente autónoma de la que adopte el legislador estatal



#### 4.2.5. Excepciones al derecho de acceso. Principio de proporcionalidad y de daño efectivo en la aplicación de excepciones

Todas las normas que regulan el acceso a la información pública prevén un número determinado de excepciones al acceso, con el fin de proteger otros derechos e intereses, públicos o privados, que podrían verse lesionados con el acceso o la difusión de la información. Puesto que los derechos no tienen un alcance absoluto en ningún caso, es perfectamente legítimo y deseable fijar límites a su ejercicio para los supuestos de colisión con otros derechos o intereses dignos de protección.

Dicho eso, también cabe señalar que los supuestos de exclusión del derecho de acceso a la información pública deben ser efectivamente excepcionales, de forma que la regla general debe ser permitir el acceso a la información y la denegación debe estar motivada en la protección de otros derechos o intereses afectados por el acceso.

Así pues, hay que entender que las excepciones legales deben interpretarse de forma restrictiva –estricta, en términos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea– y, por lo tanto, sin que sea posible una aplicación indiscriminada o desproporcionada que reduzca o vacíe de contenido el derecho de acceso.

En el mismo sentido, cabe destacar que las excepciones al acceso son sólo las que establece la ley, sin que sea posible la extensión, por analogía, a otros supuestos no regulados. También hay que añadir, como se ha señalado en el epígrafe 4.2.2 y como destaca el Memorándum explicativo del Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a la Información Pública, que las excepciones o los límites al acceso deben hacer referencia al contenido del documento y la naturaleza de la información; es decir, tienen que tener una base objetiva que las justifique y deben ser proporcionales a la finalidad de proteger otros derechos o intereses legítimos.

Cabe recordar, en este sentido, que el Memorándum explicativo del Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a la Información Pública también destaca que respetar el espíritu del Convenio implica permitir el acceso más amplio posible a la documentación pública y no evitar el acceso mediante una aplicación incorrecta –por extensiva– de las limitaciones que el artículo 3 del Convenio permite establecer.

El principio general de acceso a la información pública y la interpretación estricta de las

excepciones también ha comportado que las legislaciones más avanzadas en la protección del derecho de acceso hayan incorporado instrumentos para evaluar en cada caso si corresponde aplicar la excepción y denegar el acceso, o bien si debe prevalecer el derecho al acceso.

Uno de estos instrumentos es el principio de daño efectivo (harm test): la administración que recibe una solicitud de acceso que puede entrar en colisión con un derecho o interés protegido por una excepción al acceso debe sopesar el daño que efectivamente el acceso a la información puede causar. Si en el caso concreto el daño no es real o es de poca entidad, hay que conceder el acceso pese a la excepción.

Asimismo, el principio de proporcionalidad pretende modular la aplicación de la excepción, de forma que sea posible el acceso parcial a la información, si de esta forma pueden preservarse los datos amparados por la excepción sin eliminar totalmente el derecho de acceso.

La aplicación del principio de interés público prevaleciente en la difusión de la información tiene una trascendencia especial. Este criterio comporta que la administración que posee la información cuando considera que se da una de las excepciones previstas en la ley debe valorar si existe un interés público en la difusión de la información que tenga más trascendencia que el interés público o particular que la excepción pretende proteger, de forma que, pese a la afectación de este interés, deba permitirse el acceso a la información.

Algunas legislaciones –el caso de Eslovenia y el Reino Unido– distinguen entre excepciones al acceso de carácter absoluto y relativo, de forma que la aplicación del criterio del interés público prevaleciente sólo sería viable en este último supuesto.

El Reglamento 1047/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, también incluye, en su redacción vigente, la distinción entre excepciones absolutas y relativas, y el criterio del interés público superior.

Cabe destacar, asimismo, que el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a la información pública contiene una lista de excepciones al acceso que los estados adheridos al Convenio pueden establecer, pero también señala que no se aplica la excepción cuando exista un interés público prevaleciente en difundir la información.

El Memorándum explicativo del Convenio hace referencia a la aplicación de los principios del test del daño efectivo y del principio de ponderación del interés público en el acceso a la información para valorar las excepciones al acceso.

Sobre la articulación de estos dos principios, el Memorándum señala que si el acceso al documento oficial no causa ningún daño al interés protegido con la excepción, no hay que limitar el acceso. Por contra, si el acceso al documento puede provocar algún daño a un derecho o interés protegido con una excepción, entonces habrá que ponderar si existe un interés público en que se difunda la información pública que sea superior o prevaleciente, respecto al interés protegido con la excepción, de forma que los daños que la difusión podría causar a este derecho o interés no deben impedir el acceso.

El Memorándum explicativo del Convenio también indica que el test del daño efectivo (*harm test*) y la ponderación de intereses (*balancing of interests*) deben aplicarse a cada caso individual en que se dé una posible excepción al acceso, en los términos en que la legislación interna haya fijado las limitaciones.

En este sentido, destaca que el Estado adherido al Convenio puede prever requisitos o pautas para la aplicación del test del daño efectivo. Estas pautas podrían adoptar la forma de presunción en favor o en contra de la difusión de la información. Por ejemplo, en el caso de la excepción relativa a la protección de datos personales, la presunción legal puede ir desde establecer que toda la información personal afecta a la intimidad y causa un daño a este derecho hasta establecer que sólo puede ser causa de excepción la información relativa a datos personales sensibles.

Este memorándum también pone de relieve que la aplicación del test del daño está directamente conectada con el transcurso del tiempo, en el sentido de que, respecto a algunas limitaciones, el paso del tiempo puede comportar que excluir la información de acceso ya no tenga sentido o se reduzca el daño que su difusión pueda causar.

Aun así, el Memorándum considera que los estados que suscriban el Convenio pueden prever, por ley interna, excepciones legales absolutas o incondicionales para la información más sensible, de forma que, en estos casos, bastaría comprobar que la información afecta a una excepción absoluta para denegar la demanda de acceso. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la aplicación restrictiva o estricta de las excepciones comporta que la Administración tenga que motivar la

probabilidad –o verosimilitud– de que el acceso genere un perjuicio efectivo al bien o el interés que la excepción absoluta pretende proteger. En ningún caso, la aplicación debería ser automática, sólo porque la petición de acceso afecta a una materia protegida con excepción absoluta.

Asimismo, el Memorándum destaca que las excepciones legales absolutas, en la medida en que excluyen totalmente el acceso, deben ser las mínimas posibles. En este mismo sentido, la comisionada de Información de Eslovenia destacó en las Jornadas de mayo de 2010 que un elemento para valorar si una ley de acceso a la información pública se ajustaba a los parámetros democráticos de transparencia y rendición de cuentas era el número de excepciones absolutas previstas en la ley de acceso a la información.

En cualquier caso, el artículo 3.3 del Convenio prevé que es necesario fijar límites temporales a las excepciones al acceso, de forma que no puede ser denegado en ningún caso si se ha superado el tiempo límite previsto en la ley.

Ni que decir tiene que ninguna de estas pautas para la aplicación de excepciones al acceso que establecen el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a la información oficial y la legislación de buena parte de los países de nuestro entorno han sido incorporadas, hasta ahora, a nuestro ordenamiento jurídico. En el epígrafe 2.2 se ha señalado que una relación de excepciones al acceso demasiado genérica e indefinida, junto con la falta de instrumentos para evaluar los supuestos de conflicto entre el acceso y otros derechos o intereses, era una de las carencias que lastraba la regulación vigente en España y Cataluña, y que podía convertir la excepción en la regla, especialmente en el caso de los conflictos entre acceso y protección de datos personales.

Por lo tanto, una nueva regulación del derecho de acceso es necesaria también desde esta perspectiva, y debería prever la aplicación de estos instrumentos en términos análogos a los estándares internacionales y de acuerdo con las previsiones del Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a la Información Pública, que incluye este epígrafe de forma sintética.

El Anteproyecto de Ley estatal de Transparencia y Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública difundido por el Ministerio de Presidencia en el año 2010 preveía una lista cerrada de excepciones al derecho de acceso para los supuestos en los que la difusión de la información podía lesionar los intereses y los derechos protegidos con estas excepciones. También preveía la aplicación de los

principios de proporcionalidad y del interés público superior en la divulgación a la hora de valorar las limitaciones; en línea, cuando menos parcialmente, con los parámetros que se han señalado. También los supuestos concretos listados como excepciones se corresponden genéricamente –en algún caso, miméticamente– con los que recoge el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a la Información Pública. El Anteproyecto de Ley presentado en julio de 2011 distingue entre excepciones absolutas, entre las que se incorporan descripciones poco concretas, como, por ejemplo, la garantía de los derechos constitucionales, y excepciones relativas, sujetas a pruebas de daño e interés público, y también hace mención de la posibilidad del acceso parcial.

En cuanto a la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, cabe destacar que contiene una lista de excepciones, que deben aplicarse de acuerdo con el fin de protección pretendida al establecerlas, sin perjuicio de que un interés superior justifique la divulgación de la información.

#### 4.2.6. Colisión de derechos y ponderación: acceso y privacidad<sup>1</sup>

La protección de datos personales, es decir, la protección de la intimidad de las personas, es la excepción más comúnmente alegada para denegar el acceso a la información. Lo es en nuestro sistema jurídico, en que la protección del derecho a la autotutela informativa dispone de regulación específica y completa, por contraposición al derecho de acceso a la información, pero lo es también en otros modelos que sí disponen de una regulación protectora del derecho de acceso más de acuerdo con los estándares señalados y, por lo tanto, en los que la protección jurídica de un derecho y el otro es más equilibrada.

En apariencia, se trata de dos derechos personales que actúan en sentido opuesto: el derecho de acceso pretende garantizar la difusión de la información en poder de las administraciones, y el derecho de autotutela informativa pretende dar a los individuos instrumentos para controlar el tratamiento, el uso y la comunicación de sus datos personales

por parte de terceros (no sólo las administraciones públicas). A pesar de ello, cabe señalar que el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad no son derechos antagónicos, sino que deben ser vistos también como dos derechos complementarios que tienen por finalidad proteger las libertades personales ante los poderes públicos, y ambos están relacionados con la obligación de las autoridades públicas de rendir cuentas.

Ahora bien, pese a que este antagonismo sea sólo aparente, lo cierto es que las situaciones de conflicto se producen en la práctica, y hay que articular los mecanismos para afrontarlas, ya que no es admisible atribuir apriorísticamente prevalencia de un derecho sobre el otro, sino que la valoración debe hacerse caso por caso, teniendo en cuenta los instrumentos de ponderación que ofrecen los modelos jurídicos de nuestro entorno y que se señalan acto seguido. Esta ponderación debe hacerse con la aplicación del principio de proporcionalidad que garantice el equilibrio entre los dos derechos.

Hay modelos, como el nuestro, en los que los derechos de acceso y de protección de datos se regulan en leyes diferentes. Esta circunstancia puede actuar como factor de complejidad añadido para ponderar los dos derechos en los supuestos de conflicto. En este sentido, las leyes de protección de datos hacen referencia a un concepto amplio de datos personales que si se aplicase directamente como excepción a las solicitudes de información determinaría una visión muy restrictiva del derecho de acceso. Una regulación incompleta e imprecisa en materia de derecho de acceso como la vigente en España y Cataluña facilita, sin duda, que los entes públicos que reciben una solicitud de acceso hagan una interpretación extensiva de la excepción de información personal como límite al acceso.

Por lo tanto, una futura ley de acceso a la información pública debería acotar los supuestos que pueden constituir una excepción al acceso para proteger la intimidad personal. A la vez, también sería necesario un pronunciamiento del legislador sobre la definición de datos personales que debe utilizarse para determinar si es

<sup>1</sup> Buena parte del contenido de este apartado toma como referencia un artículo de David Banisar, experto en materia de privacidad y libertad de expresión que participó en las Jornadas sobre Acceso a la Información Pública de mayo de 2010, publicado por el Instituto del Banco Mundial en el año 2011: "The right to information and privacy: balancing rights and managing conflicts". Governance Working Paper Series. Puede accederse a este documento en formato PDF en la dirección <http://ssrn.com/abstract=1786473>.

aplicable la excepción al acceso. La FOIA-IRL excluye determinados datos personales de los que pueden constituir excepción al derecho de acceso. Así, excluye de forma expresa de la definición de información personal, al efecto de aplicar esta exclusión, la información relativa a las actividades de los servidores públicos y los entes que proveen servicios públicos.

Para afrontar una regulación completa y adaptada a los estándares internacionales del derecho de acceso, también cabría la necesidad de valorar la oportunidad de introducir disposiciones que contribuyan a la armonización de las dos leyes, siempre desde la perspectiva de facilitar la labor de los organismos administrativos que tengan que ponderar los dos derechos ante la solicitud de acceso a una información que contiene datos personales. Aun así, hay que tener en cuenta el rango formal requerido para introducir cualquier modificación que afecte directamente a la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cabe destacar que una opción legítima del legislador es prever que la información relativa a personas identificables constituye una excepción al acceso y remitir a la Ley de Protección de Datos para definir aquello que es información personal. Éste ha sido el modelo adoptado por diferentes países del ámbito anglosajón (Canadá y el Reino Unido), entre otros. Eso no implica que la excepción sea absoluta en este caso, pero sí comporta que, en este modelo, el esfuerzo del ente que debe valorar la solicitud de acceso para ponderar ambos derechos y hacer una aplicación de los mismos equilibrada y proporcional es especialmente determinante, ante la ausencia de pautas legales que ayuden a concretar el alcance de la excepción, y partir de una definición de datos personales que en la legislación sobre protección de la privacidad necesariamente es extensiva.

Para facilitar la función de ponderación cuando la excepción de privacidad se articula según este modelo, el Ministerio de Justicia del Reino Unido fijó, en el año 2008, unos parámetros (aparecen reproducidos en el trabajo de David Banisar mencionado al inicio de este epígrafe) para determinar si el acceso a la información pública que contiene datos personales debe considerarse proporcional y apropiado.

De estas pautas, se destacan las que hacen referencia a la aplicación de los tests de daño efectivo y de interés público en la difusión, que

ya se ha señalado que eran dos parámetros que deberían ser aplicables a todas las excepciones al acceso de carácter relativo. Como pautas específicas para valorar la difusión de información que contiene datos personales, se indica que hay que tener en cuenta si el titular rechazó específicamente la difusión, la forma en la que se obtuvo la información, su contenido y las expectativas razonables que pueda haberse creado el titular en el momento de proporcionar los datos sobre si esta información será reservada o accesible a terceros.

Hay que añadir a los parámetros anteriores, como instrumentos específicos para la ponderación del derecho de acceso y la privacidad, la opción de anonimizar los datos personales antes de difundirlos o bien de permitir sólo un acceso parcial.

Con todo, hay que tener en cuenta que se trata de opciones que deben valorarse como alternativa antes de denegar el acceso en los casos en los que la Administración que debe resolver la petición de acceso determina que debe prevalecer el derecho a la protección de la privacidad. Por tanto, no se trata de una alternativa a la difusión que deba aplicarse automáticamente cuando la información contiene datos personales, sino que sólo opera posteriormente en la ponderación del acceso en el caso concreto, cuando la conclusión es que no corresponde permitir el acceso a los datos personales.

Se ha indicado anteriormente que el test de interés público no es un parámetro exclusivo de la excepción de protección de la intimidad, pero tiene una incidencia especial en este ámbito, sobre todo en los casos en los que la información identifica a un servidor público o cargo electo y hace referencia al ejercicio de funciones y a la prestación de servicios públicos o tiene que ver con la disposición de fondos públicos.

En supuestos como éstos, con una fuerte presencia del interés público en la difusión, esta circunstancia debe tenerse especialmente en cuenta para determinar si una información puede ser accesible, pese a que contenga información privada y la difusión pueda, eventualmente, causar algún tipo de daño al titular de los datos. O sea, es preciso valorar la relevancia de este interés público en la difusión, en contraposición al tipo de datos personales y el daño que la difusión puede causar. En este sentido, la incidencia de la información concreta que se solicita desde la perspectiva del control sobre el ejercicio del poder público y la efectiva

rendición de cuentas es un elemento determinante del equilibrio entre el derecho de acceso y la protección de datos, y debe actuar como límite a una aplicación extensiva del derecho a la intimidad como excepción al acceso.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que quien solicita el acceso puede tener un interés particular en acceder a la información, a menudo porque es un requisito o considera que es relevante para el ejercicio de otro derecho. En estos supuestos, y si la persona demandante de información voluntariamente expresa esta motivación, también habrá que tener en cuenta su interés particular en acceder a la información en el momento de ponderar los dos derechos en conflicto.

Debe remarcarse que en algunos modelos de acceso a la información pública la legislación ya establece en la propia norma que, como regla general, la identificación personal del servidor público o cargo electo que adopta una determinada resolución o interviene, por razón de sus funciones, en una actuación pública, así como la información personal que haga referencia al ejercicio de estas funciones no debe considerarse un dato relativo a la intimidad personal que sea necesario preservar del acceso a terceros (éste es el caso de Irlanda, como se ha apuntado anteriormente).

En el caso de los cargos electos y las personas que ocupan los cargos directivos de mayor rango en las organizaciones públicas, el alcance de la información personal que debe ser accesible será habitualmente más amplia, dado su papel más determinante en el ejercicio del poder público y la toma de decisiones y, por lo tanto, la mayor relevancia, en términos generales, de la información desde la perspectiva del interés general. En estos supuestos, obviamente, el órgano que recibe la solicitud no puede denegar el acceso amparándose en la excepción de protección de la intimidad, ya que ha sido excluida por la ley de forma expresa.

En lo concerniente al acceso a la información relativa al gasto público hay que poner de relieve una decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 14 de julio de 2008, que determinó que era mala administración no facilitar información sobre los gastos de los miembros del Parlamento Europeo, incluidos los relativos a dietas por viajes y manutención (caso 3643/2005(GK)WP). Al tratarse de un supuesto de conflicto entre derecho de acceso y privacidad, el Defensor del Pueblo Europeo

solicitó la opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, que entendió que el público tenía derecho a recibir información sobre el comportamiento de los diputados. En esta decisión, el Defensor del Pueblo Europeo destacó que, en una sociedad transparente y democrática, el público tiene derecho a estar informado sobre el uso de los fondos públicos confiados a los diputados.

A pesar de ello, también debe señalarse que en la ponderación del interés público en la difusión de datos sobre el gasto público y el interés, también público, a preservar la intimidad personal, este último tendrá una incidencia más relevante cuando la información haga referencia a ayudas médicas o sociales, ya que la información puede contener datos sensibles sobre la salud de las personas o su situación familiar o social que deben ser preservadas, que cuando se trata de gasto público relacionado con el ejercicio de las funciones propias de los cargos electos y servidores públicos, en el que la incidencia en la esfera de la intimidad personal es marcadamente inferior.

En la Decisión de 8 de diciembre de 2010, el Defensor del Pueblo Europeo considera que no existe mala administración del Parlamento Europeo cuando desestima una petición de las estadísticas sobre ausencias de los diputados por motivos de salud, ya que para confeccionarlas debería tratarse información de parlamentarios concretos, y éste es un tratamiento de datos personales que sólo puede realizarse siguiendo normas estrictas. En este caso, el Defensor del Pueblo Europeo también consideró que, en circunstancias específicas, las estadísticas solicitadas habrían permitido la identificación de eurodiputados concretos (caso 2682/2008/(MAD)(TN)ELB).

De acuerdo con las consideraciones anteriores, y con la perspectiva de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una regulación del derecho de acceso adaptada a los estándares internacionales más avanzados, cabría la necesidad de que la norma reguladora estableciese, con la máxima concreción posible, los supuestos (o los criterios para determinarlos) en los que la información personal deba quedar excluida del derecho de acceso.

Desde esta perspectiva, y partiendo de los ejemplos de otras legislaciones apuntados anteriormente, la nueva regulación del derecho de acceso podría establecer que en cuanto a los datos personales relacionados con la esfera de intimidad de la persona la exclusión sea la

norma general y el acceso, la excepción. El acceso requeriría el consentimiento de la persona afectada o bien un interés público superior en la difusión, que en este caso debería ser un interés de alta relevancia para el conjunto de la sociedad. Por contra, en el caso de datos personales vinculados al ejercicio de funciones públicas la regla general debería ser permitir el acceso a los mismos. La norma también debería prever la aplicación del test de interés público preferente y el test del daño, con el fin de garantizar una aplicación cuidadosa y proporcionada de los derechos en conflicto.

Con todo, hay que tener en cuenta que el test del interés público, pese a su relevancia, sólo aporta un parámetro o una orientación para ponderar un derecho y el otro en los supuestos de conflicto y ayudar a fijar sus límites en el caso concreto. El proceso de aplicar el principio de proporcionalidad a los derechos en conflicto, ponderando el interés público en la difusión y el daño que causaría el acceso al titular de los datos, debe hacerse caso por caso y comporta, sin duda, una cierta complejidad que la ley no puede evitar.

Es por ello que la existencia de una autoridad independiente que supervise la aplicación de la ley de acceso y pueda fijar pautas y parámetros para la aplicación ponderada de las excepciones debe considerarse necesaria para fortalecer el derecho de acceso a la información pública y garantizar su aplicación adecuada. En lo concerniente a las diferentes opciones o modelos de autoridad supervisora, hay que referirse a lo señalado en el apartado 4.2.4 de este informe.

Otro elemento que conviene incorporar a la regulación de las situaciones de conflicto entre acceso y privacidad es prever que, para que un tercero pueda acceder a la información que contiene datos personales no es necesario, como regla general, el consentimiento del titular de los datos, ya que, en este caso, la posibilidad de acceso se basaría exclusivamente en la voluntad del titular de los datos, con una clara posición de superioridad de este derecho, contraria al principio de proporcionalidad.

Ello no significa que el titular de los datos no pueda intervenir en el proceso de ponderación entre los dos derechos. En este sentido, y como ha señalado el profesor Emilio Guichot, poniente en las Jornadas sobre Acceso a la Información y Transparencia de mayo de 2010, la audiencia al titular de los datos en el procedimiento de ponderación de los dos derechos puede ser útil para valorar proporcionadamente la afectación

que el acceso comportaría, pero no debe ser un requisito para resolver la solicitud de acceso cuando existen otros elementos que permiten ponderar adecuadamente si hay que permitir o denegar el acceso a la información.

Los artículos 6 y 7 del Anteproyecto de Ley del Ministerio de Presidencia, sobre Transparencia y Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública, de 2009, regulan específicamente la relación entre acceso a la información pública y protección de datos personales. Como aspectos positivos, cabe destacar que establece que la ley aplicable es la reguladora del derecho de acceso (excepto si quien solicita el acceso es el titular de los datos personales), fija como pauta general el acceso a la información que hace referencia al ente público al que se solicita, y la denegación cuando la información contiene datos íntimos o que afectan a la vida privada. Prevé también la posibilidad de acceso parcial y la anonimización de la información.

Como carencias de este anteproyecto, hay que poner de relieve que no prevé que la decisión tenga que ponderar los dos derechos de acuerdo con el principio de proporcionalidad, ni la aplicación del test de daño efectivo e interés público prevaleciente. Sin embargo, la aplicación de estos principios puede entenderse amparada por la regulación general de las excepciones en el artículo 5 del Anteproyecto, sin perjuicio de que hubiese sido preferible señalarlo de forma expresa.

En cambio, el último anteproyecto de ley presentado por el Ministerio de Presidencia prevé estimar el acceso a la información directamente vinculada con la organización, el funcionamiento y la actividad pública del sujeto al que se dirige la solicitud. También menciona el ejercicio de un análisis ponderado, suficientemente motivado, entre ambos derechos, por parte de la entidad o el sujeto que debe resolver la solicitud, respecto a la información que contenga datos personales que no tengan el carácter de especialmente protegidos, cuando el hecho de conocer estos datos no perjudique derechos constitucionales de la persona y, en particular, el derecho a la intimidad.

En cuanto a la Proposición de Ley sobre Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno presentada por el Grupo Popular en el congreso de los Diputados, regula la relación entre el acceso a la información y la protección de datos personales en términos muy similares al primer anteproyecto ministerial (art. 17 y 18).

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1. Conclusiones

1. El derecho de acceso a la información pública está vinculado al derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, al de libertad de información y es garantía de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político del Estado democrático.
2. El derecho de acceder a la información en manos de las administraciones públicas tiene una doble dimensión, que incluye la perspectiva del interés general en el control democrático sobre los poderes públicos y el del particular a obtener información que quiere conocer o que le afecta específicamente.
3. Desde la perspectiva del interés general el hecho de que la información pública sea accesible es un requisito para hacer efectivos los principios de transparencia y rendición de cuentas que deben regir la actividad pública, y supone un paso previo para una participación informada de los ciudadanos en la gestión pública y en la toma de decisiones de la administración.
4. La dimensión particular o individual del derecho de acceso a la información pública se concreta en la posibilidad de que una organización o un ciudadano puedan acceder a información que consideran relevante para sus intereses.
5. El artículo 105 de la Constitución contiene un mandato al legislador para que regule “el acceso de los ciudadanos a los archivos y a los registros administrativos”.
6. La regulación del derecho de acceso a la información pública en los ordenamientos jurídicos español y catalán es incompleta, está centrada en el ámbito del procedimiento administrativo y es insuficiente para garantizar la eficacia de este derecho.
7. Algunas normas sectoriales incorporan una regulación más favorable al derecho de acceso, pero la dispersión normativa y la falta de una ley general que regule este derecho de forma completa y unitaria le resta eficacia.
8. No existe un procedimiento específico y suficientemente ágil para resolver las peticiones y se ha fijado un listado de excepciones al acceso, pero ninguna pauta o criterio para resolver los casos de conflicto con otros derechos que favorezca su aplicación armonizada. Tampoco existe una autoridad independiente como instrumento adicional de protección del derecho de acceso.
9. Es necesaria una ley específica que regule este derecho en términos equiparables a los países de nuestro entorno y a los parámetros del Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos públicos, de 18 de junio de 2009.
10. Una regulación completa de este derecho, que tenga en cuenta su dimensión como requisito para el control democrático del poder público y la participación informada de los ciudadanos, debe incluir también la obligación de difundir información de interés público, como manifestación del principio de transparencia. Una actividad intensa de difusión –que las tecnologías de la información y la comunicación facilitan– reduciría la necesidad de peticiones expresas de acceso.
11. Una norma adaptada a los estándares internacionales es una medida necesaria para reforzar el derecho de acceso a la información, pero insuficiente si no va acompañada de un cambio en la cultura administrativa, de forma que el acceso a la información pública se perciba como la regla general, y la restricción o el secreto como la excepción justificada.

## 5.2. Recomendaciones

Una nueva regulación del derecho de acceso a la información pública, teniendo en cuenta los estándares fijados por el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos y los sistemas de nuestro entorno, debería incluir los siguientes contenidos.

a) Cualquier persona debería poder solicitar el acceso a la información pública sin necesidad de acreditar interés alguno ni motivar su petición.

b) Toda denegación del acceso debe estar motivada en causas objetivas y fijadas legalmente.

c) Lo que debe ser relevante a efectos de su aplicación es que la información haga referencia a actividad pública, entendida en sentido amplio, con independencia de que esté en posesión de un sujeto público o privado. Debe incluirse también a la Administración de justicia, así como la información pública del resto de órganos constitucionales y estatutarios, cuando menos en todo aquello relativo al desarrollo de las funciones administrativas.

d) Promover una visión del derecho de acceso a la información pública constreñida al documento final es una restricción genérica del derecho no justificada. Una información no definitiva, preparatoria que es de interés público no debería quedar excluida del acceso por este carácter auxiliar, salvo que pueda comportar algún perjuicio a otros derechos o intereses y la exclusión sea necesaria para protegerlos.

e) El plazo para resolver debería ser de 15 días, con la opción de ampliarlo 15 días más si el volumen o la complejidad de la información solicitada así lo justifica. El silencio debe ser estimatorio, sin necesidad de actuaciones adicionales o confirmatorias.

f) El acceso a la información debe ser gratuito, si bien es admisible una exacción limitada a repercutir estrictamente el coste que genera la expedición de copias y que no puede tener un efecto disuasorio o restrictivo.

g) La intervención de una autoridad independiente de protección de derechos de entre las existentes puede convertirse en un instrumento tanto para fomentar el acceso a la información como para garantizar una revisión imparcial de la decisión administrativa previa a la vía judicial.

h) La regla general debe ser permitir el acceso a la información y la denegación debe ser la excepción.

Las exclusiones al acceso deben ser limitadas en el tiempo, hacer referencia al contenido del documento y deben estar motivadas en la protección de otros derechos o intereses afectados por el acceso.

i) Las excepciones legales absolutas deben ser las mínimas posibles, en la medida en que excluyen totalmente el acceso. Es necesario incorporar instrumentos para evaluar, caso por caso, si corresponde aplicar la excepción y denegar el acceso o bien si debe prevalecer el derecho a acceder a la información. Los instrumentos para valorar las solicitudes de acceso que ofrecen el derecho comparado y el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a Información Pública son, fundamentalmente: el principio de daño efectivo que tenga en cuenta el transcurso del tiempo como factor limitador del daño, el principio de proporcionalidad y el de interés público prevaleciente en la difusión de la información.

j) Si el acceso a la información pública no causa ningún daño al interés protegido con la excepción, no hay que limitar el acceso. Si provoca daños, hay que ponderar si existe un interés público en que se difunda la información que es prevaleciente. En este caso, el daño que la difusión puede causar al derecho protegido por la excepción no debe impedir el acceso.

k) El derecho de acceso a la información y el derecho a la intimidad no son derechos antagónicos, sino que deben ser considerados complementarios, con el fin de proteger las libertades personales frente a los poderes públicos, y con el objetivo de que las autoridades públicas cumplan la con obligación de rendir cuentas.

l) Hay que acotar los supuestos que puedan constituir excepción al acceso a la información pública para proteger la intimidad personal, con una definición concreta del concepto *datos personales*, que no puede coincidir con el concepto extensivo previsto en la normativa de protección de datos personales.

m) En la ponderación del derecho de acceso y la privacidad, el daño efectivo que la difusión de la información puede ocasionar no debe convertirse en una excepción absoluta cuando el interés público en el acceso se considera prevaleciente.

n) Hay que valorar la opción de anonimizar los datos personales antes de la difusión o bien de permitir sólo el acceso parcial cuando se concluye que el derecho a la privacidad impide el acceso a la información.





**SÍNDIC**

**EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES**

**Síndic de Greuges de Catalunya**  
Passeig Lluís Companys, 7  
08003 Barcelona  
Tel 933 018 075 Fax 933 013 187  
sindic@sindic.cat  
www.sindic.cat

