

TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY 19/2013, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO¹

José Luis Piñar Mañas*

Resumen

La transparencia es un elemento esencial de cualquier Estado democrático. El llamado *right to know* se abre paso con fuerza en las modernas legislaciones. En España, la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno pretende cubrir una laguna en nuestro ordenamiento, pero no ha aprovechado la oportunidad de poder contar con una ley innovadora. Al contrario, se ha desperdiciado una ocasión para poder incorporar la transparencia de modo efectivo en nuestro sistema jurídico. La ley debería haber configurado el derecho de acceso a la información pública como un verdadero derecho fundamental, y no solo como una manifestación de la transparencia en cuanto principio de actuación de las Administraciones Públicas. De la Ley 19/2013 se analiza en particular el régimen del derecho de acceso (no la transparencia activa) con una especial referencia a la relación entre transparencia y protección de datos.

Palabras clave: transparencia; derecho de acceso a la información; protección de datos.

TRANSPARENCY AND THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION: SOME REFLECTIONS REGARDING THE RIGHT OF ACCESS IN ACT 19/2013, REGARDING TRANSPARENCY, ACCESS TO INFORMATION AND GOOD GOVERNMENT

Abstract

Transparency is an essential element in any democratic state. The so-called right to know is carving out a powerful niche in modern legislation. In Spain, Act 19/2013, regarding Transparency, Access to Information and Good Government aims at bridging a gap in our legal system, but has failed to seize the opportunity to provide an innovative law. On the contrary, an opportunity to truly incorporate transparency into our legal system has been wasted. The law should have shaped the contours of the right of access to public information as a truly basic right, and not just as a manifestation of transparency as a principle of conduct for the civil service administration. The rules in Act 19/2013 governing the right of access (not active transparency) are subjected to particular analysis, with special reference being made to the relationship between transparency and data protection.

Key words: transparency; the right of access to information; data protection.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2012-35948, sobre Protección de datos y aplicación extraterritorial de las normas. Reforma de la Directiva sobre Protección de Datos, del Ministerio de Economía y Competitividad, del que soy investigador principal. Utilizo, actualizadas, parte de las reflexiones que ya adelanté en mi trabajo «Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio», Madrid: Fundación Alternativas, 2009 (también disponible en <www.falternativas.org>).

* José Luis Piñar Mañas, catedrático de derecho administrativo, Universidad CEU San Pablo, Julián Romea, 23, 28003 Madrid jlpinar@ceu.es.

Artículo recibido el 27.10.2014. Evaluación ciega: 31.10.2014 y 3.11.2014. Fecha de aceptación de la versión final: 24.11.2014.

Citación recomendada: PIÑAR MAÑAS, José Luis. «Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno». *Revista catalana de dret públic*, Núm. 49 (diciembre 2014), pp. 1-19, DOI: [10.2436/20.8030.01.29](https://doi.org/10.2436/20.8030.01.29).

Sumario

- 1 Transparencia y democracia
- 2 Derecho de acceso a la información como derecho o como principio de actuación de la Administración Pública
- 3 Sujetos obligados y derecho de acceso
- 4 Concepto de información pública
- 5 Límites al derecho de acceso
- 6 En particular, acceso a la información y protección de datos de carácter personal
- 7 Entrada en vigor del régimen del derecho de acceso
- 8 Conclusión

1 Transparencia y democracia

Que la transparencia es un elemento esencial de cualquier Estado democrático es ya algo fuera de toda duda. Se trata de una de las más insistentemente reivindicadas exigencias de la democracia. Según decía el juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Luis B. Brandeis, «*Sunlight is said to be the best of disinfectants*» (la luz del sol es el mejor de los desinfectantes)². Daniel J. Solove ha recordado la feliz cita del juez,³ como también lo ha hecho reiteradamente Rodotà.⁴ Cada vez con más insistencia se habla del derecho a conocer, del *right to know*.⁵ Gherardo Colombo resalta que lo que él denomina «sociedad horizontal»⁶ «*non tollera alcuna opacità delle istituzioni: l'amministrazione non può non essere trasparente. È infatti necessario verificarne il funzionamento e controllare se effettivamente tutti sono trattati allo stesso modo, sotto qualsiasi profilo (le assunzioni del personale, l'erogazione delle prestazioni, la correttezza delle procedure...)*. La società orizzontale non tollera raccomandazioni e non può nemmeno convivere con un'informazione carente, faziosa o incompleta».⁷

T. S. Blanton señala que los principios que deben informar la legislación de transparencia deben ser: a) la información pertenece a los ciudadanos, no a los gobiernos; b) las excepciones al principio anterior deben ser muy limitadas y deben estar expresamente previstas en la ley; c) las excepciones deben basarse en daños identificables en relación con específicos intereses públicos (no con abstractos intereses generales); d) incluso cuando exista un daño identificable, este debe ser superior al interés público que se atiende mediante la aportación de información;⁸ e) la garantía de la transparencia debe atribuirse a los jueces o a un autoridad independiente.⁹

Se considera que hoy son en torno a cien los países que cuentan con leyes de transparencia y/o acceso a la información. Entre tales países, desde finales del 2013 se encuentra ya España, al haber aprobado la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Ley tardía en el marco del derecho comparado que no ha aprovechado todas las enseñanzas que podrían derivar de las leyes, algunas de ellas muy interesantes, existentes en el momento en que la española empezó a gestarse.

Como también ha señalado Blanton,¹⁰ la primera ley de acceso a la información es seguramente la *Freedom of the Press Act* aprobada en Suecia en 1766, que permitió la publicación de documentos del Gobierno y el acceso público a los mismos. Sin embargo, hubo que esperar casi dos siglos para encontrar leyes semejantes en otros países.¹¹ En 1951 Finlandia aprueba una ley de acceso a la información, y es en 1966 cuando

2 *Other Peoples's Money*, 1932. Puede consultarse en <http://library.louisville.edu/law/brandeis/opm-ch5.html>. La frase completa es: «*Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman. And publicity has already played an important part in the struggle against the Money Trust*».

3 *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*. Nueva York: New York University Press, 2004, p. 141.

4 RODOTÀ, Stefano. «Democracia y protección de datos». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, p. 15, monográfico sobre *Protección de datos*. Resulta de enorme interés la lectura de RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*. México: IFAI, 2004. En particular destaca las aportaciones de KANT, BOBBIO, HABERMAS y RAWLS. También es interesante el libro colectivo, coordinado por Mauricio MERINO, *Transparencia: libros, autores e ideas*, México: IFAI-CIDE, 2005.

5 Véanse, por ejemplo, BLANTON, Thomas S. «The World's Right to Know». *Foreign Policy*, julio-agosto 2002, p. 50 y ss.; FOERSTEL, Herbert N. *Freedom of Information and the Right to Know*, Westport: Greenwood Press, 1999.

6 La sociedad horizontal, en la construcción de COLOMBO, es la opuesta a la vertical. Esta se basa en las relaciones jerárquicas y competitivas, mientras que la horizontal se basa en la dignidad de la persona y en la igualdad con reconocimiento de la diversidad: *Sulle Regole*, Milán: Feltrinelli, 2008, p. 41 y ss.

7 *Sulle Regole*, ob. cit., p. 55.

8 BLANTON se refiere en particular al interés que supone contar con un gobierno abierto y del que pueda exigirse responsabilidad, o del interés en dar a conocer despilfarros, fraudes, abusos o conductas delictivas (ob. cit., p. 18).

9 «The Openness Revolution. The Rise of a Global Movement for Freedom of Information». *Development dialogue*, núm. 1 (2002), p. 18.

10 «The Openness Revolution...», ob. cit., p. 10.

11 SÁNCHEZ MORÓN advierte que, pese al precedente sueco («remoto y aislado»), «el modelo de administración burocrática que surge en Europa central en ese siglo y se consolida en el XIX [...] se fundaba en el secreto y el control de la información, como fuente de dominación». Y cita a MAX WEBER: «El gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad».

Estados Unidos aprueba la conocida *Freedom of Information Act* (FOIA), una de las leyes más generosas en la implantación del principio de transparencia.¹² En 1978 se aprueba la ley francesa. El desarrollo en los años ochenta y noventa fue notable y hoy son en torno a noventa las leyes de acceso a la información que han sido aprobadas. Aunque no supuso una novedad digna de ser muy tenida en consideración, no está de más señalar que en la vecina Italia se aprobaron en su momento las leyes de 11 de febrero de 2005, núm. 15, y de 14 de mayo de 2005, núm. 80, por las que, entre otros muchos aspectos (sobre todo la segunda) se incluyeron modificaciones a la Ley de procedimiento de 7 de agosto de 1990, núm. 241, en materia de acceso a documentos.¹³ Pero es de destacar que posteriormente, y muy poco antes de la ley española, se aprobó el Decreto Legislativo núm. 33 de 14 de marzo de 2013, por el que se codifican las obligaciones de publicidad y transparencia de las Administraciones Públicas, que trae causa de la previa Ley núm. 190 de 2012, conocida como «ley anticorrupción».¹⁴

En fin, debe señalarse que entre los países de la Comunidad Iberoamericana existe una cada vez más consolidada cultura de transparencia y acceso a la información, debida, sin duda, a la influencia de Estados Unidos. Ejemplo claro de ello es la muy avanzada Ley Federal Mexicana de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, del 11 de junio de 2002, y la muy interesante reciente reforma constitucional mexicana de enero del 2014,¹⁵ por la que se refuerza el derecho fundamental de acceso a la información pública. No solo se fortalece el alcance del derecho, sino que se modifica la naturaleza del órgano constitucional de tutela de la transparencia, que pasa a contar con un grado de independencia y de competencias dignas de ser tenidas muy en cuenta.¹⁶

Por nuestra parte, al hablar de acceso a archivos y documentos, debemos referirnos al mucho más modesto artículo 105 de la Constitución, que ya ha sido reiterado y ampliamente estudiado, sobre todo al hilo de los artículos 37 y 38 de la Ley 30/1992, modificada por la 4/1999.¹⁷ No es este lugar para detenernos en su

(*Derecho Administrativo. Parte General*. 10.^a ed. Madrid: Tecnos, 2014, p. 458).

12 La bibliografía sobre la FOIA es abundantísima. Un planteamiento casuístico pero muy útil, referido además a la relación entre acceso a la información y privacidad, puede verse en SOLOVE, Daniel J.; ROTENBERG, Marc. *Information Privacy Law*. Nueva York: Aspen Publishers, 2003, p. 461 y ss. Todos los estados de EE. UU. han aprobado sus respectivas leyes de acceso a la información. Tales leyes suelen denominarse *freedom of information, open access, right to know* o incluso *sunshine Acts*. ob. cit., p. 463.

13 Sobre dichas reformas véase, entre otros, CARINGELLA, DE CAROLIS Y DE MARZO (dirs.). *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*. Milán: Giuffrè, 2005.

14 La bibliografía sobre esta legislación en Italia es ya abundante. Puede consultarse, entre otros, PONTI, Benedetto (dir.). *La trasparenza amministrativa dopo el d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2013. Con anterioridad, véase el interesante trabajo de MARZUOLI, Carlo. «La transparencia de la Administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia». En: GARCÍA MACHO, Ricardo (ed.). *Derecho Administrativo de la información y Administración Transparente*. Madrid: Pons, 2010, p. 151 y ss.

15 Decreto de 22 de enero de 2014, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia. Publicado en el Diario Oficial de la Federación de 7 de febrero de 2014.

16 Se modifica el artículo 6.º de la Constitución. Se señala entre otras cosas que «La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley».

17 Sobre el acceso a archivos y registros en la Ley 30/1992 hay una bibliografía conocida y reconocida. Véase FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Pons, 1997; MESTRE DELGADO, Juan Francisco. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (Análisis del artículo 105. b) de la Constitución*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1998; POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. *El derecho de acceso de los Ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Madrid: INAP, 1989; RAMS RAMOS, Leonor. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Reus, 2008; varios trabajos en GARCÍA MACHO, Ricardo. *Derecho Administrativo de la información...*, ob. cit.; DA SILVA OCHOA, Juan Carlos. «Derechos de los ciudadanos, con especial referencia a lenguas y acceso a registros». En: PENDAS GARCÍA (coord.). *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*. Barcelona: Ed. Praxis, 1993, especialmente, p. 318 y ss.; EMBID IRUJO, Antonio. «El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa». En: *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Madrid: Civitas, 1993, vol. I, p. 727 y ss.; «El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos». En: LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (dirs.). *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 99 y ss.; PARADA VÁZQUEZ. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Pons, 1993, especialmente p. 153 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. «De los interesados: derechos y obligaciones». En: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*

estudio, pero es indudable que la Ley de Procedimiento no cumplía en absoluto las previsiones del artículo 105.b de la Constitución.¹⁸

La regulación fragmentaria de la Ley 30/1992 era a todas luces insuficiente. Como lo es la regulación contenida en diversas leyes sectoriales.¹⁹

Por otra parte, llama la atención el hecho de que en los Estatutos de Autonomía recientemente aprobados apenas hay referencia alguna a la transparencia. Así el Estatuto catalán tan solo indica que «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» (apartado 4 del artículo 71, Disposiciones generales y principios de organización y funcionamiento —de la Administración de la Generalitat—, del Estatuto, aprobado mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio). Por su parte, el artículo 9.º del Estatuto de la Comunidad Valenciana, en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, establece: «1. Sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, una Ley de Les Corts regulará el derecho a una buena administración y el acceso a los documentos de las instituciones y administraciones públicas valencianas».

Resultaba, pues, imprescindible aprobar una ley de transparencia cuanto antes. Instituciones como *Transparency International* o el *Centre for Promotion of Freedom of Expression and Access to Information* (Access Info) habían llamado la atención acerca del hecho de que España careciera de ley de transparencia.

Esta situación ha cambiado por fin (aunque no tanto como habría sido deseable) con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.²⁰

2 Derecho de acceso a la información como derecho o como principio de actuación de la Administración Pública

El artículo 12 de la Ley dispone que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley». Tal derecho, ¿es un derecho fundamental o un simple principio de actuación de la Administración Pública?²¹

Ante todo debemos distinguir, a estos efectos, entre transparencia y acceso a la información. La primera es un principio de actuación de la Administración, como de inmediato veremos. El derecho de acceso es una de las manifestaciones, quizá la más importante pero no la única, de la transparencia y es, en mi opinión, un derecho fundamental, si no en sí mismo, sí en relación con otros derechos, como la libertad de información o la libertad de expresión.

Común. Madrid: Comunidad de Madrid, Consejería de Hacienda, 1993, especialmente p. 89 y ss.; VILLANUEVA CUEVAS, Antonio. «El derecho de acceso a archivos y registros». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 18, pp. 109 y ss., monográfico dedicado a *Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*; PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.). *La reforma del Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999*, Madrid: Dykinson, 1999.

18 Ramón PARADA es especialmente crítico: «Es sorprendente que la LPAC haga pasar la regulación del artículo 37 como un progreso [...]. Pero no es, ciertamente un progreso, sino un regreso, porque ni es de recibo identificar los términos constitucionales «archivos y registros administrativos» con «expedientes ya terminados»; ni sirve de mucho reconocer un derecho al conocimiento de expedientes difuntos, cuyo ejercicio se puede eliminar a continuación, mediante una prolija regulación de diversas causas, prácticamente discrecionales unas (razones de interés público, no afectar a la eficacia de los servicios públicos) y tasadas otras muchas». (*Derecho Administrativo I. Parte General*. 19.ª ed., Madrid: Pons, 2012, p. 225.

19 Por ejemplo, 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, Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, o la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

20 Sobre la Ley 19/2013 pueden consultarse ya WENCES, Isabel; RAGONE, Sabrina; KÖLLING, Mario (coords.). *La ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Una perspectiva académica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. GUICHOT REINA, Emilio (coord.). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014. VALERO TORRIJOS, Julián; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Julián (coords.). *Régimen jurídico de la transparencia del sector público del Derecho de acceso a la reutilización de la información*. Cizur Menof: Aranzadi, 2014. PIÑAR MAÑAS, José Luis (coord.). *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*. Madrid: Reus, 2014.

21 Las siguientes reflexiones han visto ya la luz en WENCES, Isabel; RAGONE, Sabrina; KÖLLING, Mario (coords.). *La ley de transparencia, acceso...*, ob. cit., p. 35 y ss.

En el derecho español, sin embargo, parece que prevalece la configuración, tanto del derecho de acceso como de la transparencia como principios de actuación de las Administraciones Públicas.²² Así se desprendería de la propia ubicación del artículo 105.b de la Constitución, incluido en el título IV, sobre el Gobierno y la Administración. El artículo 3.5 de la Ley 30/1992 dispone que «en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación». El preámbulo de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, afirma que, al regular la transparencia, se contribuye a «hacer más efectivo el derecho a una buena administración, como principio consagrado en nuestro acervo jurídico desde la aprobación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea». La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, también ha optado por esta vía, como de inmediato veremos.

Sin embargo, en una declaración conjunta de la ONU, la OECE y la OEA, de 6 de diciembre de 2004, se afirma que «el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a la Información) basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeta solamente a un sistema restringido de excepciones». Cada vez con más insistencia se habla del derecho a conocer, del *right to know*.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con el artículo 10, referido a la libertad de expresión,²³ para de alguna manera reconducir al mismo el acceso a la información pública.

Por ejemplo, la sentencia *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, de 19 de abril de 2009, en su párrafo 35 relaciona el derecho de acceso con el derecho a la libertad de información, y en el 36 establece que las obligaciones del Estado en materia de libertad de prensa incluyen la eliminación de los obstáculos al ejercicio de las funciones de la prensa donde, en cuestiones de interés público, tales barreras existen únicamente como consecuencia de un monopolio de la información en poder de las autoridades, lo que lleva a la conclusión de que el Estado tenía la obligación de no impedir el flujo de la información solicitada por el recurrente.

También puede ser tenida en cuenta la Sentencia *Kenedi v. Hungary*, de 26 de agosto de 2009, pero mayor interés tienen algunas más recientes. Me refiero a la Sentencia *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, de 25 de junio de 2013, en la que el Tribunal afirma que «La noción de «libertad de recibir información» incluye el derecho de acceso a la información», que ha de reconocerse no solo a los medios de comunicación (§ 20). El caso, además, era especialmente relevante pues se refería a la solicitud planteada ante la agencia de inteligencia de acceso a información relativa al uso de medidas de vigilancia electrónica. El Gobierno se negó a facilitar tal información amparándose en que se trataba de información secreta. Tras una orden del *Information Commissioner*, por la que se establecía que la información en cuestión debía facilitarse, la agencia de inteligencia contestó a la demandante que no disponía de esa información. Y, ante esta situación, el Tribunal declaró que «dado que la demandante estaba obviamente involucrada en la legítima obtención de información de interés público, con la intención de ofrecer esa información al público y contribuir así al debate público, ha habido una injerencia en su derecho a la libertad de expresión» (§ 24).

Vemos, pues, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos en las sentencias que acabamos de citar, prefiere construir el derecho de acceso a la información a partir del derecho a la libertad de expresión e información.

22 Véase el interesante trabajo de RAMS RAMOS, LEONOR. «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160 (2013), p. 155-188.

23 «Artículo 10
Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

Semejante posición es la que ha adoptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su muy conocida sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso Claude Reyes y otros contra Chile, en la que analiza la violación del derecho de acceder a información bajo el control del Estado. Afirma, en doctrina novedosa respecto a decisiones anteriores, que el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), por el que se reconoce la libertad de pensamiento y de expresión, al estipular expresamente los derechos a «buscar» y a «recibir» informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, «dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto [...]. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción [...]».

Se trata de una doctrina que merece una especial atención, si bien es verdad que el derecho de acceso queda vinculado en exceso a la libertad de expresión e información. En cualquier caso, la sentencia Claude Reyes ha sido tenida en cuenta en la redacción de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, elaborada por la OEA en el 2010,²⁴ que destaca que «el acceso a la información es un derecho humano fundamental del hombre y una condición esencial para todas las sociedades democráticas».

Al analizar la naturaleza del derecho de acceso a la información, es imprescindible hacer referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En ella, y en el capítulo V, sobre «Ciudadanía», se recoge el derecho a una buena administración (art. 41), que incluye entre otros aspectos «el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial». Pero en el artículo 42 se reconoce, ya no vinculado a la buena administración sino como derecho autónomo, el «derecho de acceso a los documentos» en los siguientes términos: «Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión».

Es decir, la Carta ha dado un paso importante en la consideración del derecho de acceso como un derecho fundamental. Pero hay que señalar que lo ha configurado como derecho de los ciudadanos europeos y de los residentes o domiciliados en algún Estado miembro, y además referido solo a tres de las Instituciones europeas. En principio, pues, podría parecer que estamos ante una regulación restrictiva del derecho de acceso y, en consecuencia, del derecho a la transparencia. Basta, por ejemplo, con ver la diferencia que en cuanto a la regulación concreta de ambos derechos se produce respecto de la protección de datos que se reconoce en el artículo 8.º, pero a favor de «toda persona».²⁵ En cualquier caso, el derecho de acceso a la información puede hacerse derivar de la libertad de expresión e información, reconocido a «toda persona» y de forma expresa en el artículo 11 de la Carta.

En mi opinión, el derecho de acceso a la información pública debe ser considerado como un derecho fundamental. El derecho de acceso no solo es imprescindible para la construcción de una sociedad democrática y participativa (en este sentido son esenciales las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en el asunto Access Info Europe, a las que luego me referiré), sino que es imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad frente a los poderes públicos. El ser humano tiene derecho a conocer la actuación de los poderes,

24 Documento presentado por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información de conformidad con la resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General, 25 de abril de 2010. Véase asimismo la Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 2811 (XLIII-O/13), Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2013.

25 El texto del artículo 8 de la Carta es el siguiente:

«Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

incluidas las motivaciones de las decisiones adoptadas, y el uso que se hace de los fondos públicos. Si el desarrollo de nuestras propias vidas depende, como así es, de la calidad democrática de los poderes públicos —cuya actuación, insisto, condiciona directa o indirectamente nuestro propio desarrollo—. tenemos derecho a saber hasta qué punto su actuación es acorde con el mandato democrático. No hablamos, pues, de un simple principio de actuación de las Administraciones Públicas: contentarnos con este planteamiento sería miope y desvirtuaría, sin duda, alguna el «derecho a saber». En esta línea, es de destacar, y alabar, que el Consejo General del Poder Judicial acaba de hacer público (9 de diciembre de 2014) el «Protocolo de integración de la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de la organización interna del Consejo General del Poder Judicial», en el que afirma rotundamente que «el acceso a la información pública es un derecho fundamental de carácter universal». Consideración ésta que debe ser muy bien venida y que debe marcar la pauta a seguir en el alcance del derecho de acceso (y que ha llevado al Consejo a no exigir la identificación del solicitante de la información, apartándose así de lo que dispone el artículo 17.2.a) de la Ley 19/2013).

El derecho a saber está directamente relacionado con la necesaria exigencia de rendición de cuentas a nuestros mandatarios. Término esta —*mandatario*— que tan a menudo se utiliza para referirse a quienes ostentan el poder público, pero que define precisamente a quien recibe de alguien un mandato para representarlo personalmente o para gestionar sus asuntos. Lo que implica necesariamente el derecho a saber el modo en que está desarrollando el mandato recibido, y el uso que se está haciendo de los fondos para ejecutarlo.

Dicho esto, y siempre en el ámbito del derecho de la Unión Europea, hay que decir que el Tribunal de Justicia es todavía reacio a considerar el derecho de acceso como un verdadero derecho fundamental autónomo. Incluso omite calificarlo y prefiere resaltar su importancia invocando la importancia que la transparencia tiene para la democracia. En este sentido es muy relevante la sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2011, asunto T-233/09, *Access Info Europe contra Consejo*, que ha sido ratificada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 17 de octubre de 2013, asunto C-280/11 P, *Consejo contra Access Info Europe*.²⁶

En la primera de las sentencias citadas (doctrina que luego se ratifica en la segunda), el Tribunal afirma «que el derecho de acceso del público a los documentos de las instituciones está ligado al carácter democrático de estas», debiendo garantizarse el acceso más completo posible a los documentos (apartado 55). «En estas circunstancias [continúa el Tribunal] la transparencia permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en un sistema democrático» (apartado 56). Y aún más en relación con el ejercicio de potestades legislativas: «En efecto, la posibilidad de que los ciudadanos conozcan los fundamentos de la actividad legislativa es una condición del ejercicio efectivo, por aquellos, de sus derechos democráticos» (apartado 57).

Tras la anterior exposición debemos volver al artículo 12 de la Ley, y hemos de concluir que decididamente el legislador ha optado por configurar el acceso a la información como manifestación del principio de transparencia, pero no como derecho fundamental. Ya solo el hecho de que la Ley 19/2013 sea ley ordinaria, y no ley orgánica (ni siquiera parcialmente orgánica), es clara consecuencia de ello.

Dicho lo anterior, la función de la Ley de transparencia es regular el alcance del derecho de acceso previsto en el reiterado artículo 105.b. Sin perjuicio de la consideración general que la Ley merezca (en lo que ahora no puedo entrar), debemos reflexionar acerca de la propia naturaleza y posición de la Ley. Según la disposición final octava, la Ley debe considerarse básica en la gran mayoría de sus preceptos (no el título III). Parecería, pues, que está llamada, no solo por la invocación al artículo 105 sino por la referencia a los apartados 1, 13 y 18 del artículo 149.1, a desempeñar un papel preponderante en la regulación del acceso a la información. Pero las dudas que cabe plantear no son pocas. Me refiero, en particular, a lo que cabe deducir de la disposición adicional primera y del párrafo segundo del artículo 12.

²⁶ Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos véase el exhaustivo trabajo de NIETO GARRIDO, Eva. «Transparencia y acceso a los documentos *versus* derecho a la protección de datos de carácter personal en la reciente jurisprudencia del TJUE». En: PIÑAR MAÑAS, J. L. (coord.). *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, ob. cit., p. 63 y ss.

La citada disposición adicional, en su apartado segundo,²⁷ dispone que «Se registrarán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». Lo primero que debemos plantear es si se aplica o no a las Comunidades Autónomas. Lo digo por la referencia al carácter supletorio que se atribuye a la Ley y por el hecho de que tal carácter supletorio está condicionado al hecho de que exista legislación específica de transparencia en relación con ciertas materias en que así suceda. Es decir, el criterio para determinar el carácter supletorio no es el de la existencia en general de legislación de transparencia, sino de la existencia en ciertas *materias* de tal legislación, lo que podría extenderse a ámbitos de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, en cuyo caso la cláusula de supletoriedad podría ser considerada inconstitucional de acuerdo con la doctrina ya consolidada en la STC 61/1997, de 20 de marzo. Parece que esta situación podría quedar salvada por el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley, según el cual «asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica». Es decir, prevalece la legislación de las CCAA dictada en el ámbito de sus competencias sobre la general estatal. Pero sigue sin resolverse la situación nada extraña de inexistencia de normativa sectorial autonómica.

El apartado tercero dispone que «en este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización». Se refiere, hoy por hoy, a la Ley 27/2007, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y a la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. En estos casos, se establece claramente la aplicación preferente de la normativa sectorial, que da entrada a la Ley 19/2013 solo en lo no regulado por aquella. Adviértase que, de acuerdo con lo que establece el reiterado apartado 2 de la disposición adicional primera, no es que la legislación sectorial se aplique en lo que no sea contrario o incompatible con la Ley general, sino que se aplica preferentemente, dejando pues sin efecto lo que regule la Ley 19/2013 en su contra.

Analizar el alcance de los preceptos a que acabo de referirme, y en consecuencia la posición de la Ley 19/2013 en el ordenamiento constitucional, excede el objetivo de este estudio. Baste por ahora con apuntar las dudas que de todo tipo se plantean, lo que en parte, una vez más, deriva de la consideración del derecho de acceso como una simple manifestación del principio de transparencia administrativa, en lugar de como derecho fundamental.

3 Sujetos obligados y derecho de acceso

La Ley se refiere al ámbito subjetivo de aplicación en sus artículos 2º al 4º. En relación con lo que en ellos se dispone debemos tener en cuenta en este momento:

Primero, que los sujetos a que se refiere el artículo 3 (partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, así como entidades privadas que perciban subvenciones públicas en los términos fijados por la Ley) no están sujetos al deber de atender el derecho de acceso, pues no se les aplica el capítulo III del título I de la Ley.

Segundo, la información respecto de la que cabe solicitar el acceso en relación con la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, es solo la que tenga que ver con sus actividades sujetas al derecho administrativo.

Tercero, según el artículo 23.2 y el párrafo segundo de la disposición adicional cuarta, 1, de la Ley 19/2013, contra las resoluciones dictadas por los órganos citados en el párrafo anterior sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo, de modo que no es posible la impugnación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

²⁷ El apartado 1.º se refiere al acceso al expediente por parte de los interesados en los procedimientos administrativos, que se regulará por la normativa procedimental aplicable.

Cuarto, según la disposición adicional octava de la Ley, el Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrán contar con una regulación propia que determine los detalles del ejercicio del derecho de acceso, pues se les reconoce la posibilidad de que regulen en sus respectivos reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones de la Ley.

4 Concepto de información pública

Según el artículo 13 de la Ley, «Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

Por un lado, la Ley da un paso adelante de gran importancia al optar por un concepto de información acorde con la actual configuración del mismo, que coincide en parte, por ejemplo, con lo previsto en el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre Acceso a Documentos Oficiales²⁸ —art. 1.2.b—. Es información no solo el soporte (el documento en términos tradicionales) sino el contenido del mismo, al margen, además, de cuál sea el formato o soporte. Lo que, además, debe ponerse en relación con el artículo 16, por el que se reconoce el acceso parcial a la información, de modo que los sujetos obligados, en los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, deberán conceder el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida. Luego volveré sobre ello brevemente.

Ahora bien, dicho lo anterior, no parece acertado que la Ley haya optado, parece ser, por recoger la llamada «regla del autor». El reiterado artículo 13 extiende el concepto de información a toda la que «obre en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título», pero de inmediato añade «y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». Es decir, parece exigir, no solo que la información esté en poder del sujeto obligado, sino que este sea quien la haya elaborado o «adquirido». Sin perjuicio de que el término *adquirido* no es seguramente el más preciso, parece dejar fuera la información que puede estar en posesión de un sujeto obligado, pero que ni ha sido elaborado ni ha sido adquirido por él. En este sentido, el art. 1.2.b del Convenio 205 alcanza a «toda la información registrada en cualquier forma, elaborada o recibida y en poder de las autoridades públicas». Es decir, también incluye la simplemente recibida y en su poder. Esta es también la opción del muy importante Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión,²⁹ a partir del cual el derecho de acceso se refiere a todos los documentos que obren en poder de las instituciones, es decir, no solo los que hayan sido elaborados por estas, sino también los que hayan recibido y estén en su posesión. Es decir, como señala la STPI de 30 de noviembre de 2004, *IFAW Internationaler contra Comisión*, asunto T-168/02, el Reglamento 1049/2001 no recoge la llamada «regla del autor» y confirma que, en principio, todos los documentos de las instituciones deben ser accesibles al público. Quizá convenga aclarar que la «regla del autor» se traduce en que «cuando el autor del documento que posea la institución [fuese] una persona física o jurídica, un Estado miembro, otra Institución u órgano comunitario, o cualquier otro organismo nacional o internacional, la solicitud [debe] dirigirse directamente al mismo», es decir, al autor del documento. Y que la misma estaba recogida en diversas disposiciones previas a la entrada en vigor del Reglamento.³⁰ Ahora bien, en caso de documentos originarios de terceros, las instituciones deben consultarles antes de conceder el acceso, al objeto de verificar si son o no aplicables las excepciones previstas en el repetido Reglamento.

Como antes adelantaba, el artículo 16 de la Ley regula el acceso parcial a la información pública en estos términos: «En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la

28 El Convenio no ha sido ratificado por España ni ha entrado en vigor por cuanto no ha sido todavía ratificado por diez Estados. Además del Convenio, téngase en cuenta la Recomendación núm. R (81) 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre acceso a información en poder de autoridades públicas, adoptada el 25 de noviembre de 1981.

29 Sobre dicho Reglamento puede verse PIÑAR MAÑAS, J. L. *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, ob. cit., en particular p. 39 y ss.

30 Apartado 53 de la Sentencia.

totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida». Como también he señalado, se trata de una previsión que debe ser bienvenida y que está en línea con lo que establece el citado Reglamento (CE) 1049/2001, que señala de forma expresa que, cuando se solicite el acceso a un documento y sean aplicables a parte del mismo algunas de las excepciones previstas, deberán divulgarse las demás partes.³¹

5 Límites al derecho de acceso

Una de las cuestiones centrales del derecho de acceso es la de fijar sus límites o excepciones. A ello se dedica el artículo 14.

La existencia de límites es consustancial al derecho de acceso y uno de los puntos centrales de cualquier regulación sobre la materia. Todas las legislaciones sobre transparencia y acceso a la información se ocupan de ello.

Los modelos para definir tales límites o excepciones son diversos. Lo más usual venía siendo indicar excepciones absolutas y relativas, en función de que el acceso no fuese posible o dependiese de la ponderación de diversos intereses o valores jurídicos, y en especial el interés público en revelar o no la información. En este sentido quizá tenga interés hacer una referencia a la regulación de las excepciones en el Reglamento (CE) 1049/2001 y a los principios generales que sobre el alcance de tales excepciones o límites cabe extraer.³²

El artículo 4.º del Reglamento prevé excepciones absolutas y excepciones relativas, por estar sujetas, como acabo de apuntar, al examen del interés público en la divulgación de la información.

El artículo 4.1 regula las excepciones absolutas: las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de, por un lado, el interés público por lo que respecta a la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales, o la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro; y por otro, de la intimidad y la integridad de las personas, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales.

Por su parte, el número 2 del mismo artículo 4 recoge las excepciones relativas. Señala que las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluidos la propiedad intelectual, los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior. Es decir, debe llevarse a cabo una ponderación del perjuicio que pueda suponer el acceso y el interés público que pueda justificar dicho acceso.

En relación con tales excepciones, y de acuerdo con lo que al respecto ha señalado el Tribunal de Justicia, cabe concluir que «El acceso del público a los documentos de las instituciones constituye el principio jurídico y la posibilidad de denegación es la excepción» (STPI de 7 de febrero de 2002, *Kuijer contra Consejo*, asunto T-211/00; STPI de 8 de noviembre de 2007, *Bavarian Lager*, y también la sentencia *Bavarian Lager* del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 29 de junio de 2010, por la que anula en casación la anterior).

Tales excepciones deben interpretarse y aplicarse de forma estricta (STPI de 13 de septiembre de 2000, *Denkavit Nederland contra Comisión*, asunto T-20/99, y de 23 de noviembre de 2004, *Mauricio Turco contra Consejo*, asunto T-84/03, entre otras), de modo que «no frustre el principio general» de acceso.

31 El artículo 4.6 dispone que «en caso de que las excepciones previstas se apliquen únicamente a determinadas partes del documento solicitado, las demás partes se divulgarán».

32 A ello me he referido ya en *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, ob. cit., p. 41 y ss.

Las excepciones deben interpretarse «a la luz del principio del derecho a la información y del principio de proporcionalidad». De ello se desprende que las instituciones deberán, en su caso, examinar si procede conceder un acceso parcial, limitado a los datos no amparados por las excepciones; y que «con carácter extraordinario, podría admitirse una excepción a dicha obligación de conceder un acceso parcial cuando la carga administrativa provocada por la disimulación (*sic.*) de los datos no comunicables se revelara extraordinariamente gravosa, excediendo así de los límites de lo que puede exigirse razonablemente» (STPI *Kuijer*, antes citada, apartado 57. En parecidos términos, la STPI de 6 de abril de 2000, también *Kuijer contra Consejo*, asunto T-188/98).

La propuesta de reforma del Reglamento³³ modifica sustancialmente el régimen de las excepciones. Por un lado, abandona la distinción entre excepciones absolutas y relativas, eliminando cualquier referencia a que la divulgación de la información revista un interés público superior. Por otro, lo que nos interesa especialmente, reelabora la excepción relativa a la privacidad, que se reconduce mucho más a la protección de datos, en estos términos: los nombres, títulos y funciones de los cargos públicos, de los empleados públicos y de los representantes de intereses en relación con sus actividades serán facilitados salvo que, en casos particulares, el acceso pueda afectar a tales personas. Cualquier otro dato personal será facilitado de acuerdo con las condiciones del tratamiento legítimo de tales datos tal como se prevén en la legislación de la comunidad europea sobre protección de datos personales.

El Convenio 205 del Consejo de Europa recoge en su artículo 3.º las «posibles limitaciones al acceso a documentos oficiales». Opta por un modelo distinto, sin hacer distinción entre excepciones relativas o absolutas, y enumera hasta once supuestos cuya concurrencia permite limitar el acceso. Es claramente el modelo en que se ha inspirado el artículo 14 de la Ley 19/2013. Las consideraciones que el sistema elegido sugieren no son pocas.

En primer lugar, el legislador ha optado por recoger todos los supuestos que contempla el Convenio 205³⁴ y añadir uno más, por lo demás razonable: el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. Bien es

33 «Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents (presented by the Commission)», Bruselas, 30 de abril de 2008. COM(2008) 229 final. Sobre tal propuesta tiene especial interés la Opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 30 de junio de 2008 (disponible en <www.edps.europa.eu>).

34 Los casos previstos en el artículo 14 de la Ley, a los que hay que añadir la protección de datos (art. 15), en relación con los del artículo 3.º del Convenio 205 (entre paréntesis) son los siguientes:

- a) La seguridad nacional.
- b) La defensa.
- c) Las relaciones exteriores (*a*) national security, defence and international relations)
- d) La seguridad pública (*b*) public safety)
- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios (*c*) the prevention, investigation and prosecution of criminal activities; *d*) disciplinary investigations);
- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva (*i*) the equality of parties in court proceedings and the effective administration of justice).
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control (*e*) inspection, control and supervision by public authorities)
- h) Los intereses económicos y comerciales (*g*) commercial and other economic interests)
- i) La política económica y monetaria (*h*) the economic, monetary and exchange rate policies of the State)
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión (*k*) the deliberations within or between public authorities concerning the examination of a matter).
- l) La protección del medio ambiente (*j*) environment).

verdad que podría haber reducido los casos que permiten limitar el acceso, pero lo cierto es que se ha optado por incluir el listado completo. Nada hay que objetar a que así se haya hecho, pero no debemos olvidar que los límites deben interpretarse restrictivamente, y su aplicación debe estar justificada y ser proporcionada al objeto y finalidad de protección. Además, debe atender a las circunstancias del caso concreto y, especialmente, a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso (art. 14.2 de la Ley 19/2013). Además, las resoluciones que denieguen el acceso o lo concedan de forma parcial, deben ser motivadas (art. 20.2).

El sistema así diseñado responde a los estándares normales de acceso a la información siempre que se apliquen escrupulosamente los criterios que más atrás he apuntado a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Y, sobre todo, siempre que no se abuse del silencio negativo, que, en mi opinión, es uno de los puntos más débiles de la Ley. En efecto, si bien es usual en el panorama comparado que la falta de resolución ante la petición inicial de acceso permita considerar desestimada la petición (como ocurre en nuestro caso según el art. 20.4 de la Ley), no ocurre lo mismo en relación con la falta de resolución de la reclamación interpuesta ante el órgano de tutela, que suele dar pie a entender estimada la impugnación. La Ley, sin embargo, también ha diseñado un mecanismo de silencio negativo ante la falta de resolución expresa tras presentar la impugnación ante el Consejo de Transparencia (art. 24.4), de modo que podemos encontrarnos ante un doble silencio negativo. Pues bien, como digo, un hipotético y no deseable uso excesivo del silencio puede dar al traste literalmente con el derecho de acceso, pues se hurtaría a los interesados no solo su derecho a acceder a la información pública, sino a que se les hagan saber los motivos por los que en su caso el acceso puede ser denegado.

Por lo demás, el apartado 3 del artículo 13 dispone, con una sistemática más que dudosa (nada tiene que ver con los límites al derecho de acceso) que las resoluciones que se dicten en aplicación de este artículo serán objeto de publicidad previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 20, una vez hayan sido notificadas a los interesados.

6 En particular, acceso a la información y protección de datos de carácter personal

Uno de los grandes temas en materia de acceso a la información pública es su relación con la protección de datos de carácter personal. Frente a lo que en no pocas ocasiones se afirma, transparencia y protección de datos no son en absoluto contradictorias, sino muy al contrario complementarias. Es más, un desequilibrio entre ambas, en favor de una u otra, puede llevar a situaciones realmente no deseables. Tan poco recomendable es contar con un sistema consolidado en materia de protección de datos pero endeble en transparencia como al contrario. En este sentido, España contaba y cuenta con un régimen de protección de datos totalmente consolidado, pero no así en materia de transparencia y acceso a la información, y debe incorporarse ahora a la cultura del equilibrio entre dos valores absolutamente imprescindibles para el desarrollo democrático de cualquier país.

La importancia del tema justifica que la ley haya dedicado un artículo entero a la protección de datos de carácter personal, el 15, además de la disposición adicional quinta.

El magnífico Informe de la Agencia Española de Protección de Datos de 5 de junio de 2012, emitido de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37.h de la LOPD y 5.b del Estatuto de la Agencia, parte de la innegable incidencia de la Ley de transparencia, tanto en lo que a transparencia activa se refiere como en el acceso a la información, en el derecho fundamental a la protección de datos. Y llama la atención acerca de la necesidad de que la transparencia sea «congruente con los principios que conforman el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal». Señala que la divulgación de la información que obre en poder de los sujetos obligados implicará, como punto de partida, la realización de un tratamiento específico sobre los datos de carácter personal que tal información pudiera contener y, más en particular, que, en cuanto al acceso a información contenida en archivos que tengan la consideración de ficheros de datos de carácter

personal conforme a la LOPD, deberán tenerse en cuenta las previsiones de esta, de tal suerte que solo cabrá conceder el acceso si el mismo es conforme no solo con la Ley de Transparencia, sino asimismo con la LOPD.

El análisis que la Agencia hace del anteproyecto en el ámbito de la protección de datos es muy meticuloso, y gran parte de sus observaciones han sido recogidas en el texto final de la Ley, entre otros extremos, en lo que se refiere al propio texto del artículo 15, que responde en lo esencial a la propuesta que la Agencia incorpora a su Informe.

En definitiva, de lo que se trata, una vez más, es de buscar el equilibrio entre transparencia, acceso a la información y protección de datos de carácter personal. El llamado Grupo de Trabajo de Autoridades de Protección de Datos, Grupo del Artículo 29,³⁵ y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han ocupado en reiteradas ocasiones del tema. Asimismo es de destacar el *documento* «Public access to documents and data protection» elaborado por el supervisor europeo de Protección de Datos.³⁶

El Grupo de Trabajo del Artículo 29, en su dictamen 3/99, relativo a *Información del sector público y protección de datos personales* (WP 20), aprobado el 3 de mayo de 2003 señala que «el legislador, cuando desea que un dato se vuelva accesible al público, no considera, sin embargo, que haya de convertirse en *res nullius*. Tal es la filosofía del conjunto de nuestras legislaciones. El carácter público de un dato de carácter personal, resulte de una normativa o de la voluntad de la propia persona a la que alude el dato, no priva ipso facto y para siempre, a dicha persona de la protección que le garantiza la ley en virtud de los principios fundamentales de defensa de la identidad humana». Resulta necesario conciliar el respeto del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de los ciudadanos con el derecho a acceder a la información del sector público, y en este sentido el Grupo concluye que es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) valoración caso por caso de la cuestión de si un dato de carácter personal puede publicarse/hacerse accesible o no, y en caso afirmativo en qué condiciones y en qué soporte (digitalización o no, difusión en internet o no, etc.);
- b) principios de finalidad y legitimidad;
- c) información de la persona en cuestión;
- d) derecho de oposición de la persona en cuestión; utilización de las nuevas tecnologías para contribuir al respeto del derecho a la intimidad.³⁷

También es importante la jurisprudencia europea, ya abundante. La sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2003, *Rundfunk y otros*, asuntos C-465/00, C-138/01 y C-139/01, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2007, *Bavarian Lager contra Comisión*, asunto T-194/04 son capitales para analizar la relación entre protección de datos y acceso a la información en el derecho comunitario, si bien, como veremos, la segunda ha sido anulada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 29 de junio de 2010, asunto C-28/08 P.³⁸

No creo que sea necesario analizar ahora esas sentencias, ya muy conocidas. En todas ellas se llama la atención acerca de la necesidad de respetar, en todo caso, los principios de la protección de datos al considerar una solicitud de acceso a información que contenga datos personales. Principios tales como el de proporcionalidad o finalidad.

35 Por haber sido creado en virtud del artículo 29 de la directiva 95/46/CE, de protección de datos de carácter personal.

36 Un resumen del documento puede consultarse en GUICHOT, Emilio. «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales». *Revista de Administración Pública*, núm. 173 (mayo-agosto, 2007), p. 423 y ss.

37 Dictamen 3/99, cit., p. 12.

38 Sobre la sentencia *Rundfunk*, véase PIÑAR MAÑAS, J. L. «El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20 (2003), p. 61 y ss., monográfico sobre *Protección de datos*.

Sí creo, sin embargo, conveniente hacer una referencia, breve en cualquier caso, a la sentencia *Bavarian Lager* de 2007, y a la de 2010 por la que se anula en casación. Se juzga si era pertinente facilitar a terceros interesados los datos de las personas que intervinieron en una reunión de trabajo de la Comisión. El Tribunal de Primera Instancia partió de la base de que la lista de los participantes en la reunión que figuran en el acta de la misma contiene datos personales. Pero a partir de aquí lleva a cabo una serie de consideraciones basadas, sobre todo, en la perspectiva de la posible violación del derecho a la intimidad y a la vida privada reconocido por el artículo 8 del CEDH que desembocan en la decisión de que tales datos deben ser facilitados cuando se lleva a cabo una solicitud de acceso a la información basada en el Reglamento 1049/2001.

Sin embargo, la sentencia ha sido anulada por la del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 29 de junio de 2010, asunto C-28/08 P. El Tribunal considera que el Tribunal de Primera Instancia «limita la aplicación de la excepción prevista en dicha disposición a las situaciones en que se vulnera la intimidad o la integridad de la persona en el sentido del artículo 8 del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y no tiene en cuenta la legislación de la Unión sobre la protección de datos personales, en particular el Reglamento n° 45/2001». ³⁹ Sin embargo, «cuando una solicitud para la obtención de documentos que contienen datos personales se basa en el Reglamento n° 1049/2001, el Reglamento n° 45/2001 es aplicable en su totalidad, incluidos sus artículos 8 y 18». ⁴⁰ De la aplicación del Reglamento 45/2001, se deduce:

76. Procede señalar que, al difundir la versión del documento controvertido expurgada de los cinco nombres de participantes en la reunión de 11 de octubre de 1996, la Comisión no infringió lo dispuesto por el Reglamento n° 1049/2001 y cumplió suficientemente su obligación de transparencia.

77. Al exigir que, para las cinco personas que no otorgaron su consentimiento expreso, *Bavarian Lager* demostrara la necesidad de transmitir esos datos personales, la Comisión cumplió lo establecido en el artículo 8, letra b), del Reglamento n° 45/2001.

78. Al no haber presentado *Bavarian Lager* ninguna justificación expresa y legítima ni ningún argumento convincente para demostrar la necesidad de la transmisión de dichos datos personales, la Comisión no pudo ponderar los distintos intereses de las partes implicadas. Tampoco podía verificar si no existían motivos para suponer que esa transmisión podría perjudicar los intereses legítimos de los interesados, como establece el artículo 8, letra b), del Reglamento n° 45/2001.

80. En consecuencia, el Tribunal cometió un error de Derecho al concluir, en los apartados 133 y 139 de la sentencia recurrida, que en el caso de autos la Comisión había aplicado erróneamente el artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 1049/2001 y constatado que *Bavarian Lager* no había demostrado un objetivo expreso y legítimo ni la necesidad de obtener íntegramente el documento de que se trata.

Creo importante resaltar la sentencia de 29 de junio de 2010 porque nos permite apreciar la diferencia existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, y nos permite advertir que ambos deben ser tomados en consideración al decidir o no el acceso a información pública que contenga datos de carácter personal.

Partiendo de las anteriores reflexiones de carácter general, pero de gran importancia en lo que ahora nos interesa, podemos analizar el artículo 15 de la Ley.

Ante todo hay que decir que finalmente, tras más de veinte años, las normas sustantivas y procedimentales en materia de protección de datos y acceso aciertan a encontrarse y convivir. Por fin se supera la falta de coordinación existente, primero entre la Ley 30/1992 y la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos de 1992, y después entre la reforma de la Ley de Procedimiento de 1999 y la LOPD del mismo año. Resultaba inexplicable esa falta de encuentro, que, como digo, ahora, por fin, se resuelve.

Pese a que no se califica como tal, la protección de datos es un límite, o una excepción, a la regla de apertura y acceso a la información. Límite que se encuentra en todas las normas nacionales y textos internacionales

³⁹ Apartado 58.

⁴⁰ Apartado 63.

que regulan la transparencia. Y que, como hemos dicho, en la Ley merece un tratamiento diferenciado y más detallado que el resto de límites a los que antes me refería. Sin perjuicio de lo que, sin duda, debemos a la influencia de la Agencia Española de Protección de Datos en ese tratamiento propio, lo cierto es que la entidad de la protección de datos y la existencia de la LOPD justifican con creces esta situación.

La cuestión es relevante porque la Ley 19/2013 supone, ante todo y en principio, un título habilitante para poder llevar a cabo, sin consentimiento de los afectados, la cesión de sus datos personales a terceros (los solicitantes del acceso), lo que nos pone en la pista del artículo 11 de la LOPD, que regula la cesión de datos y dispone que esta no será posible sin consentimiento de los afectados salvo que una ley lo autorice,⁴¹ y esta es precisamente, en nuestro caso, la Ley de Transparencia. Por tanto, frente a la situación anterior, que partía de la regla general de la necesidad del consentimiento para proceder a la cesión de los datos que resultasen afectados ante una petición de acceso a archivos y documentos, hoy la situación es cabalmente la contraria: el punto de partida es que la cesión viene habilitada por la Ley.

Esta conclusión, sin embargo, no debe hacernos olvidar que, en todo caso, debe respetarse lo que dispone la LOPD y en particular los principios configuradores del derecho a la protección de datos. De este modo, el artículo 15.1 de la Ley 19/2013 parte de la base de que la cesión de datos especialmente protegidos requiere, en cualquier caso, el consentimiento expreso del afectado, que además debe ser escrito si revelan la ideología, afiliación sindical, religión y creencias de los afectados, a menos que estos los hubiera hecho manifiestamente públicos con anterioridad (en aplicación, sin duda, del artículo 8.2.e de la directiva 95/46/CE). En caso de que la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 15.3). Esta ponderación es quizá la clave de bóveda y, al mismo tiempo, el caballo de Troya de la relación y convivencia entre acceso a la información y protección de datos. Ponderación que, por cierto, no es necesaria en relación con el acceso a datos especialmente protegidos, pues en este caso siempre será necesario el consentimiento expreso del afectado, lo que hace innecesaria la ponderación: si se cuenta con el consentimiento, la cesión es posible sin que se requiera ejercicio de ponderación alguno; y, si tal consentimiento no se da, tampoco cabe ponderación porque esta no puede habilitar una cesión que solo es posible con el consentimiento del afectado. Esta regla tiene una excepción: los datos hechos manifiestamente públicos a que se refiere el artículo 15.1 párrafo primero, pues en este caso, al no ser necesario el consentimiento, será preciso llevar a cabo la ponderación con carácter previo a la comunicación de los datos.

El artículo 15.3 determina los criterios que, para la realización de la citada ponderación, tomará en consideración el órgano ante el cual se solicite el acceso. Tales criterios no son los únicos posibles, aunque sí los que «particularmente» deben tenerse en cuenta. Pero el verdadero problema radica en que la repetida ponderación la lleva a cabo el órgano ante el cual se solicita el acceso. Ponderación que ha de moverse, necesariamente y a su vez, en el ámbito de los criterios relativos a la protección de datos. En caso de que se deniegue el acceso por considerar preferente el respeto a la protección de datos, cabrá interponer reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, al objeto de que decida su presidente (art. 38.2.c de la Ley), que deberá resolver valorando cómo afecta la solicitud de acceso a la protección de datos y al derecho de acceso a la información pública.

La conclusión innegable de lo anterior es que tanto el sujeto obligado, en primer lugar, como el Consejo de Transparencia, en vía de reclamación, deberán pronunciarse acerca del alcance del derecho a la protección de datos, tutelándolo o no. Ciertamente que la disposición adicional quinta regula la colaboración entre el Consejo de Transparencia y la Agencia Española de Protección de Datos, y a tal fin señala que uno y otra «adoptarán conjuntamente los criterios de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15 de esta Ley, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con

41 Y en otros casos que no es necesario ahora analizar.

lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre». Pero, sin perjuicio de que nada se dice acerca de cómo han de elaborarse tales criterios, lo cierto es que los conflictos y posibles disparidades de criterios pueden producirse y, sin duda, se producirán. Pensemos en el siguiente caso: la denegación del acceso a cierta información que contiene datos personales, pero solo en parte, por entender que parte de esa información personal puede facilitarse, pero no toda. Cabe entonces suponer que el solicitante del acceso puede presentar reclamación ante el Consejo de Transparencia para reclamar que se le facilite el acceso a toda la información, mientras que el titular de los datos desea reclamar contra la cesión de sus datos, siquiera sea parcial, por entender que no debería haberse facilitado ningún dato personal referente a él. Este ocupa el lugar de «tercero» a efectos del artículo 24.3 de la Ley de Transparencia, pero al mismo tiempo es afectado directo de acuerdo con la LOPD, y podrá presentar denuncia ante la Agencia de Protección de Datos correspondiente por lo que él puede considerar una cesión incontestada de datos. Nos encontramos entonces ante unos mismos hechos que dan lugar a dos reclamaciones distintas presentadas ante dos órganos distintos con distintas competencias, pero que deberían llegar a conclusiones semejantes. Uno de ellos, sin embargo, debe ceñirse a valorar la situación desde la perspectiva de la transparencia; y otro, desde la de la protección de datos.

Parece claro que lo que quiero plantear es las reservas que genera el hecho de haber creado un órgano específico y nuevo como el Consejo de Transparencia, que no debe tener competencias en materia de protección de datos y que, sin embargo, va a verse abocado a ejercerlas, pese a que es la Agencia de Protección de Datos la que, de acuerdo con la LOPD, la directiva 95/46/CE y el propio artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, está llamada a tutelar y proteger el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Por lo demás, las resoluciones que dicten los sujetos obligados, otorgando o no el acceso cuando se vean afectados datos personales, deberán ser siempre motivadas. Si se otorga el acceso, porque la resolución debe ponderar de modo suficientemente razonado el interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada (art. 15.3); y si se deniega, porque tal denegación debe ser siempre motivada (art. 20.2).

Por último, es preciso apuntar las siguientes cuestiones.

Pese a lo que establece el artículo 17.3 de la Ley de Transparencia, en el sentido de no obligar a los solicitantes a motivar su solicitud de acceso, debe plantearse si, en caso de que el acceso afecte a información que contenga datos personales, podría exigirse algún tipo de motivación. Ello se debe a la doctrina que deriva de la sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 29 de junio de 2010, asunto C-28/08 P, asunto *Bavarian Lager*, que ya conocemos. En ella el Tribunal, como sabemos, consideró que está justificado que el solicitante del acceso deba demostrar la necesidad de transmitir los datos personales en su caso implicados, y que la no presentación de justificación «expresa y legítima ni ningún argumento convincente para demostrar la necesidad de la transmisión de dichos datos personales» impide verificar si no existían motivos para suponer que esa transmisión podría perjudicar los intereses legítimos de los interesados.

Según el artículo 15.2, «con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano». Llama la atención esta previsión tan garantista pues en principio los datos meramente identificativos a que se refiere este apartado estarían fuera del ámbito de protección de la LOPD, o al menos de su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007, cuyo artículo 2.2 deja fuera de su ámbito de aplicación los llamados *datos de contacto*, que coinciden con lo que puede considerarse datos meramente identificativos.

El artículo 15.3 señala, con razón, que no será aplicable lo que hasta ahora hemos visto si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas. Y ello es así porque los datos disociados no tienen en principio la consideración de dato de carácter personal.

En fin, el apartado 5 del reiterado artículo 15 dispone que la normativa de protección de datos personales

será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso. Algo absolutamente lógico de acuerdo con las exigencias derivadas del respeto al principio de finalidad y al resto de principios de la protección de datos.

7 Entrada en vigor del régimen del derecho de acceso

Pese a que, en el momento en que estas líneas verán la luz, el problema ya habrá dejado de serlo, cabe plantear, en fin, cuál es, o ha sido, el régimen de acceso a archivos y registros tras la aprobación de la Ley y de acuerdo con el régimen de su entrada en vigor.

La disposición final novena de la Ley dispone que el título II (regulación del «Buen Gobierno») entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Sin embargo, el título I (publicidad activa y derecho de acceso) y el título III (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno) entrarán en vigor al año de su publicación. Es decir, el derecho de acceso no se hará efectivo, en los términos de la Ley 19/2013, hasta diciembre de 2014. Además, se establece que los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en la Ley. Dicho esto, hemos de plantear algunas dudas que pueden generar situaciones controvertidas.

Por un lado, nada dice la Ley en relación con la entrada en vigor de las disposiciones adicionales y finales. Al no decir nada, se entiende que se aplica el régimen general de *vacatio legis* del Código Civil (art. 2.1), de modo que entraron en vigor a los 20 días de la publicación de la Ley en el BOE. Lo cual plantea algún problema. Por un lado, el de la propia entrada en vigor de la disposición final novena, que en principio solo veinte días después de la publicación de la Ley surte sus efectos en cuanto a decir que el título II entraría en vigor veinte días antes (el día siguiente a la publicación de la ley).⁴²

Por otro, y esta cuestión es especialmente relevante, de la poco meditada disposición final novena deriva que el artículo 37 de la Ley 30/1992 pasó a tener de inmediato el nuevo contenido que fija la disposición final primera (que entró en vigor el día siguiente de la publicación de la Ley 19/2013) sin que haya entrado en vigor todavía el título I de la Ley de Transparencia. Lo cual es grave, pues el citado artículo 37 ha quedado vacío de contenido al contener ahora, tan solo, una remisión a la Ley de Transparencia (y demás leyes que resulten de aplicación), que, en lo que al derecho de acceso se refiere (y a la transparencia activa), no ha entrado en vigor sino hasta diciembre del 2014, de modo que, en principio y durante todo el año 2014, no sería posible ejercer el derecho de acceso, ni por la vía del artículo 37 LPAC (que carece ya de regulación sustantiva alguna) ni por la de la Ley de Transparencia, que no estaba en vigor. Esta situación es claramente absurda, y nos colocaría, siquiera sea temporalmente, al margen del artículo 105.b de la Constitución (salvo en lo que se refiere a las «demás leyes que resulten de aplicación»); volveríamos a la situación previa a la Ley 30/1992, y resultaría burlado el derecho de acceso a la información pública. Por ello, la única solución posible es considerar que, pese a lo que cabría derivar de una interpretación literal de la disposición final novena, el artículo 37 de la LPAC otorga vigencia inmediata aunque parcial al título I de la Ley 19/2013, que sería aplicable en relación con todos los sujetos a los que, a su vez, se aplica la Ley 30/1992. De este modo cabría ya ejercer el derecho de acceso ante la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local y las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las anteriores cuando ejerzan potestades administrativas (art. 2 de la Ley 30/1992), lo que viene a coincidir con las entidades enumeradas en los apartados a, b, c, d y e del artículo 2.1 de la Ley 19/2013. La entrada en vigor de la Ley se demora un año, sin embargo, en relación con el resto de entidades e instituciones. Ahora bien, dicho lo anterior, lo que no cabría es considerar que ni siquiera en relación con las entidades sujetas a la Ley 30/1992 entra en vigor también, de forma inmediata, el título III, por el que se regula el Consejo de Transparencia, pues el derecho de acceso regulado hasta ahora en la Ley 30/1992 no preveía la existencia del mismo, de modo que solo cumplido el plazo previsto en la disposición final novena de la Ley 19/2013 la garantía adicional que supone la creación de aquel será posible.

La vigencia adelantada de la Ley también puede derivar de lo establecido en otras leyes posteriores que, sin

⁴² No es mi intención entrar ahora en el examen de si estamos ante una declaración de entrada en vigor con efectos retroactivos, que podría afectar a disposiciones sancionadoras (las del título II).

duda, no han tenido en cuenta o no han previsto lo establecido en la disposición final novena. Me refiero, por ejemplo, a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, para la garantía de la unidad de mercado. Su artículo 8, sobre principio de transparencia, dispone que «Todas las autoridades competentes actuarán con transparencia para la correcta aplicación de esta Ley y la detección temprana de obstáculos a la unidad de mercado. Asimismo, cada autoridad competente se asegurará de que las disposiciones y actos recogidos en el artículo 9.2 de esta Ley son fácilmente accesibles, y cumplen lo dispuesto en la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno». ⁴³ Pues bien, parece absurdo también considerar que, entrando como entró en vigor la Ley al día siguiente de su publicación en el BOE (10 de diciembre de 2104), ⁴⁴ deba considerarse que el artículo 8 carece de efectividad durante un año, o incluso dos, en el caso de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

8 Conclusión

Hemos de congratularnos por el hecho de que finalmente contemos con una Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Por fin el mandato constitucional del art. 105.b se ha cumplido. Tanto la transparencia activa como, que es lo que ahora más debe requerir nuestra atención, el derecho de acceso han sido regulados con carácter general.

Pero es necesario advertir que la Ley no responde a lo que habría cabido esperar de una norma que llega con retraso y que tiene múltiples referencias en el derecho comparado. Deberíamos contar con una ley mucho más avanzada y mejor construida. Porque, en lo que al derecho de acceso se refiere, se ha perdido una muy buena ocasión para colocar nuestro ordenamiento a la vanguardia de los modelos existentes. Sin embargo, no se ha dado el paso necesario hacia la consideración del derecho de acceso como un verdadero derecho fundamental, en línea con lo que van sugiriendo —cuando no expresando de forma clara y rotunda— múltiples textos normativos, nacionales y de naturaleza internacional, y una construcción jurisprudencial, en Europa y América Latina, proclive a reconocer tal naturaleza, aunque sea, como primer paso, vinculado al derecho a la libertad de expresión e información. Recuerdo de nuevo el Protocolo aprobado por el Consejo General del Poder Judicial el pasado 9 de diciembre, en el que sin ningún problema se define el derecho de acceso como derecho humano fundamental de carácter universal.

Sea como fuere, la Ley debe ser bienvenida y la regulación del derecho de acceso también (sin perjuicio de las consideraciones críticas que se hacen en el presente trabajo), pues de este modo se genera, sin duda, una mayor y mejor cultura de la transparencia, tan necesitada en nuestro sistema político y administrativo.

43 El citado artículo 9.2 se refiere a los siguientes actos y disposiciones:

- «a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.
- b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.
- c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.
- d) Los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados en las letras anteriores, así como los procedimientos asociados a los mismos.
- e) Los estándares de calidad emanados de normas o consejos reguladores, así como los actos que acrediten el cumplimiento de estos estándares de calidad.
- f) Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos».

Al último apartado ya me he referido más arriba en el texto.

44 Disposición final séptima de la Ley.