

ABORDAMOS —el lector y yo— en este trabajo el estudio de un tema que me parece apasionante y con el que me siento comprometido, como ciudadano y como jurista: el de la transparencia y el acceso a la información pública.

He centrado el objeto de esta obra en el Derecho europeo. El trabajo sigue la siguiente estructura: en la primera parte se estudia el Derecho del Consejo de Europa (y en particular, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Convenio aprobado en 2009 sobre la materia), así como los Derechos de los Estados europeos, incluyendo una referencia particularizada al Derecho español; en la segunda parte se aborda el Derecho de la Unión Europea, con un detallado análisis de la relevante jurisprudencia recaída al interpretar el Reglamento 1049/2001 que regula el acceso a la información, así como de la propuesta de reforma de dicho Reglamento actualmente en curso —de la que se da cuenta y se comenta en un tamaño de letra más pequeña, para facilitar al lector la diferenciación con el régimen jurídico vigente—.

El Consejo de Europa es una organización internacional de ámbito regional europeo constituida en 1948 y destinada a promover la configuración de un espacio político y jurídico común en Europa, sustentado en los valores de la democra-

cia, los derechos humanos y el Estado de Derecho. Lo conforman actualmente cuarenta y siete países miembros¹. En el sistema del Consejo de Europa, como veremos, ha habido una progresiva evolución en el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública, que ha tenido un punto de inflexión en el año 2009, en el que han coincidido su reconocimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como integrante del derecho fundamental a la libertad de expresión e información consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH); y su regulación mediante un instrumento vinculante, el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (en adelante, Convenio 205), abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009, que establece un mínimo estándar europeo. Además, analizamos por vía de síntesis el Derecho de los Estados europeos². Como veremos, si bien se trata por lo general de sistemas jurídicos avanzados de democracias representativas consolidadas –bien que en Europa del Este, recientes, surgidas tras la caída del Muro de Berlín– puede afirmarse que, en línea de tendencia, los países nórdicos –y, en distintos niveles, las

[1] Todos los de la Europa entendida en su extensión geográfica más amplia, incluyendo Rusia y Turquía, y con la excepción de Bielorrusia, Kasajistán y el Vaticano. Se puede considerar el equivalente europeo de la Organización de Estados Americanos. Su portal de acceso es: <http://www.coe.int>.

[2] Al respecto, utilizaremos como textos de referencia, junto al propio acceso directo a las diferentes normas estatales, el análisis comparado elaborado por la Comisión Europea *Comparative Analysis of the Member States' and Candidate Countries' Legislation Concerning Access to Documents*, 1 de julio de 2003, SG/616/03, Directorate B, y la obra H. KRANENBORG y W. VOERMANS, *Access to Information in the European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Europa Law Publishing, Gröningen, 2005, comprobando y actualizando convenientemente sus datos.

nuevas democracias del Este— han profundizado más en la transparencia de la actividad pública que los grandes Estados centrales, existiendo, si no dos modelos, si un mayor o menor grado de apertura, diferencia ésta que ha marcado las aproximaciones en la elaboración del Convenio 205, como lo hiciera en su día en la elaboración de la normativa comunitaria y, en la actualidad, en los debates para su reforma.

La Unión Europea es una organización internacional de ámbito europeo que se basa en la cooperación y en la integración política, jurídica y económica, surgida en los años cincuenta y que cuenta actualmente con veintisiete Estados miembros³. En el Derecho de la Unión Europea, el impulso hacia la transparencia ha venido de la mano de las críticas del déficit democrático y la opacidad en la actuación de las Instituciones y de la propia lejanía geográfica, mediática y «sentimental», si se quiere, de los ciudadanos respecto de las Instituciones y sus políticas. En efecto, la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI han aunado la expansión geográfica de la Unión y el sentimiento de gradual debilitamiento de su estructura institucional y, sobre todo, un notable extrañamiento de la ciudadanía, con el resultado de importantes frustraciones en las iniciativas de profundización en la integración, de las cuales el malogrado Tratado por el que se instituye una Constitución Europea fue la más sonada. No es casual que en este contexto se hayan pretendido reforzar los mecanismos de transparencia y participación. Puede decirse, en definitiva, que, como ocurre en tantos ámbitos de la vida, la crisis ha actuado como revulsivo.

[3] Su portal de acceso es <http://europa.eu>.

En 2001, el fundamental Libro Blanco *La Gobernanza europea*⁴ diagnosticó la cada vez menor confianza e interés de los ciudadanos en las Instituciones y en los políticos, y, en especial, en la Unión Europea, y propuso entre las líneas fundamentales de gobernanza el fomento de un mayor grado de participación y apertura, facilitando una información actualizada y en línea sobre la elaboración de las políticas en todas las etapas del proceso de decisión, para hacer posible esa participación activa informada. El principio de apertura, con su llamada a una comunicación más activa sobre la labor de la unión y sobre las decisiones que adoptan, además de una claridad y accesibilidad en el lenguaje en que se formulan, se identificaba, junto al de participación, responsabilidad, eficacia y coherencia, como la base de una buena gobernanza y de los cambios propuestos. Y uno de los cambios encaminados a lograr una mayor participación de todos los actores sociales, consistía, precisamente, en hacer más transparente el sistema de funcionamiento de la Unión, no sólo a través de la aprobación de la normativa sobre acceso a los documentos públicos, que se contiene en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en adelante, Reglamento 1049/2001)⁵, que analizamos con detalle en este trabajo, sino también mediante una comunicación más activa con la opinión pública sobre las cuestiones europeas. Y es que, en efecto, las medidas de transparencia y acceso a la información no se agotan, desde luego, en el acceso a los documentos, que, a la postre y como veremos, es

[4] COM (2001) 428 final.

[5] DO L 145 de 31 de mayo de 2001, pp. 43 y ss.

un instrumento «de lujo» utilizado fundamentalmente por actores cualificados, y no por «el común de los mortales», sino que trascienden para incluir la publicidad de las sesiones del Parlamento, Consejo o Comisión o la publicidad oficial. Más globalmente, debe hablarse de una auténtica «política de comunicación» (que incluye también los comunicados de prensa, las entrevistas con medios de comunicación, las campañas informativas, la edición de folletos, organización de conferencias, ruedas de prensa, establecimiento y gestión de oficinas de información, etc.), como instrumento de una forma de gobierno o «gobernanza» basada en la interacción comunicativa⁶. En este trabajo renunciamos a analizar esta perspectiva más amplia, que trasciende con mucho el ámbito de lo jurídico. Junto a ello, también se habla en el lenguaje

[6] Como apuntaba la Comisión en su Informe General de Evaluación de la Aplicación del Reglamento 1049/2001, aprobado en 2004, «[...] el objetivo del Reglamento 1049/2001 consiste en hacer el trabajo de las instituciones más transparente y acercar así las instituciones a los ciudadanos. La transparencia no es un objetivo en sí, sino que permite una mayor participación del público en el proceso de toma de decisiones, reforzando el carácter democrático de las instituciones y la confianza de los ciudadanos en la administración europea. La aplicación del Reglamento ha marcado una etapa importante en el desarrollo de la política de transparencia en la Unión Europea. En efecto, en más de dos tercios de las solicitudes de acceso que han recibido, las tres instituciones han divulgado documentos aún no publicados, haciendo al mismo tiempo directamente accesibles un número creciente de documentos. La experiencia tiende sin embargo a confirmar que el Reglamento ha beneficiado principalmente a los especialistas en asuntos europeos y que, por tanto, no puede considerarse como el instrumento privilegiado de información de los ciudadanos. La búsqueda de documentos no publicados de una institución comunitaria presupone, en efecto, un cierto grado de familiarización con las competencias y las actividades de la Unión. Por tanto, aún falta hacer un esfuerzo de información hacia el gran público, en un doble sentido: el ciudadano debe mantenerse mejor informado de las actividades de la Unión mediante una política activa de información, y debe ser conocedor de su derecho a obtener el acceso a los documentos de las instituciones».

comunitario de «transparencia» para englobar las cuestiones de la calidad normativa, tema que igualmente dejamos al margen de este estudio⁷.

Como decíamos, una pieza, si no única, sí fundamental para la consecución de una Unión Europea más transparente, es el derecho de acceso a la información pública. En las dos últimas décadas se ha ido construyendo todo un trenzado normativo, al máximo nivel «constitucional» –con reconocimiento en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea– y con desarrollo «legal» (hoy, en el Reglamento 1049/2001), y «reglamentario» (en los Reglamentos internos de cada Institución, Órgano, Organismo o Agencia), todo ello utilizando las categorías clásicas nacionales aún no reconocidas formalmente en la Unión, tras el fracaso en la ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución Europea. A ese trenzado normativo se ha unido otro organizativo; en general, las Instituciones han sido conscientes de que no basta el reconocimiento del derecho de acceso, sino que es necesario aportar, además, medios personales y materiales y hacer una labor de difusión activa de la existencia del derecho, adaptar el lenguaje jurídico-normativo a la capacidad de comprensión del ciudadano medio –mediante guías del ciudadano, síntesis, etc.–, auxiliar a los

[7] Al respecto, véanse Resolución del Consejo relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria (DO C 166 de 17 de junio de 1993, pp. 1 y ss.); Acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998 relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria (DO C 73 de 17 de marzo de 1999, pp. 1 y ss.); Acuerdo interinstitucional para un recurso más estructurado a la técnica de la refundición de los actos jurídicos de 28 de noviembre de 2001 (DO C 77, de 28 de marzo de 2002); y Acuerdo interinstitucional «legislar mejor» (DO C 321 de 31 de diciembre, corrección de errores en DO C 4 de 8 de enero de 2004).

ciudadanos en su ejercicio –poniendo todas las facilidades y admitiendo todos los medios de solicitud–, dando la mayor facilidad para el acceso –con principios como la gratuidad para las solicitudes simples o la libre elección de modalidad de acceso– y dotando al sistema de mecanismos rápidos y gratuitos de recurso. A ello se le unen los medios tecnológicos, con la creación de registros electrónicos de documentos, al servicio de la efectividad del derecho de acceso a la información y la utilización masiva de la publicidad a través de la web, que es, con una diferencia abismal, como veremos, el mecanismo hoy más utilizado de acceso a los documentos.

A lo largo de casi una década se ha ido construyendo una apasionante jurisprudencia que ha interpretado y aplicado la normativa, muy en especial en los últimos años⁸. A ello se le

[8] La jurisdicción comunitaria está integrada por el Tribunal de Justicia (TJ), el Tribunal General (TG, antes llamado, Tribunal de Primera Instancia), y el Tribunal de la Función Pública (TFP). El TJ conoce de las cuestiones prejudiciales que le plantean los tribunales nacionales en relación con la validez o interpretación del Derecho Comunitario; de los recursos por incumplimientos estatales del Derecho Comunitario que plantea la Comisión u otros Estados miembros; de los recursos de anulación de actos comunitarios interpuestos por un Estado miembro contra el Parlamento Europeo y/o contra el Consejo (salvo los interpuestos contra el Consejo en relación con las ayudas de Estado, el *dumping* o las competencias de ejecución) y por una Institución de la Unión contra otra Institución; de los recursos por omisión dirigidos contra dichas Instituciones, en los mismos términos; de los recursos de casación limitados a las cuestiones de Derecho contra las sentencias y autos del Tribunal General; y, excepcionalmente, del reexamen de las resoluciones dictadas por el TG en los recursos interpuestos contra las resoluciones del TFP. El TG es competente para conocer de los recursos directos interpuestos por personas físicas o jurídicas y dirigidos contra los actos de las Instituciones y de los Órganos y Organismos de la Unión Europea (de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente), contra los actos reglamentarios (que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución) o contra la inacción de dichas Instituciones, Órganos y Organismos, de los recursos formulados por los Estados miembros contra la Comisión; de los recursos formulados por los Es-

suma que la normativa sobre acceso a los documentos está en pleno proceso de reforma, paralizado en la actualidad por la existencia de discrepancias de entidad en cuanto al mayor o menor alcance de la misma y la mayor o menor apertura (liderada, respectivamente, por el Parlamento Europeo y los Estados nórdicos, de mayor tradición de transparencia, por una parte; y la Comisión y los países centrales, por otra)⁹. Por tanto, estamos ante un tema de la máxima actualidad.

Ha de tenerse en cuenta, finalmente, que en la Unión Europea se da una gran peculiaridad respecto a los sistemas estatales, cual es su propia configuración macrocefálica como ente de producción fundamentalmente normativa, apoyado en un sistema de Administración principalmente indirecta. Este dato explica que en muchas ocasiones la transparencia y el acceso a la información se prediquen de la actividad legislativa o «paralegislativa» de Instituciones que no se identifican, o no plenamente, con los Ejecutivos y las Administra-

tados miembros contra el Consejo en relación con los actos adoptados por éste en el ámbito de las ayudas de Estado, las medidas de *dumping* y los actos por los que ejerce competencias de ejecución; de los recursos dirigidos a obtener la reparación de los daños causados por las Instituciones de la Unión Europea o sus agentes; de los recursos basados en contratos celebrados por la Unión Europea que prevean expresamente la competencia del TG; de los recursos en materia de marca comunitaria; de los recursos de casación, limitados a las cuestiones de Derecho, que se interpongan contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea; y de los recursos formulados contra las decisiones de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales y contra las decisiones de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos. El TFP es competente para conocer de los recursos en materia de personal.

[9] Como veremos, estos «bloques» han existido desde el inicio, lo que se reveló en la propia elaboración del Reglamento nº 1049/2001 que rige la materia y se ha visualizado en los más importantes asuntos de que ha tenido que conocer el Tribunal, en el que las Instituciones y los Estados han actuado con mayor habitualidad de la media como coadyuvantes en el sentido indicado.

ciones nacionales (como en el caso del Consejo, «híbrido» de Legislador y Ejecutivo). Y que como veremos, el máximo nivel de transparencia en la normativa y en la jurisprudencia que la interpreta esté reservado para la actividad legislativa de la Unión. Todo ello hace que el estudio tenga perfiles singulares respecto de los Derechos estatales, que justifican un estudio monográfico y diferenciado.