

# LA EXPERIENCIA EUROPEA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Severiano FERNÁNDEZ RAMOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El acceso a la documentación pública en Francia*. III. *El acceso a la documentación pública en Italia*. IV. *El derecho de acceso a la documentación pública en Portugal*. V. *El acceso a la documentación pública en España*. VI. *Prospectiva*.

## I. INTRODUCCIÓN

Europa, debido probablemente a la dilatada historia de los Estados y naciones que la integran, es una región con una extraordinaria diversidad en sus instituciones político-administrativas y en la estructura de sus ordenamientos jurídicos. Son, en efecto, muy diferentes las tradiciones jurídico-públicas anglosajonas de las continentales, y, entre éstas, las nórdicas y centro europeas de las de la Europa meridional. Y el régimen de transparencia gubernamental no es una excepción. Así, en dos de los países más relevantes del concierto europeo, o bien no se ha reconocido aún un derecho ciudadano a la información pública (caso de Alemania),<sup>1</sup> o bien la ordenación del mismo es tan reciente que no permite aún su evaluación (caso de Gran Bretaña).<sup>2</sup>

1 Ciertamente algunos Estados alemanes han ordenado ya un derecho de este tipo: es el caso de la Ley de 10 de marzo de 1998 del *Land* de Brandeburgo sobre Acceso a Documentos e Información, o la Ley de 15 de octubre de 1999 del *Land* de Berlín, sobre Libertad de Información; sin embargo, la legislación federal sigue anclada en la regulación del derecho de acceso por las partes del procedimiento.

2 El gobierno laborista británico presentó el 6 de abril de 2000 en la Cámara de los Lores un proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública, basado en el Libro Blanco *Your right to Know-The Governments proposals for a Freedom of Information Act*, de 1997.

Teniendo ello presente, se ha optado por centrar el estudio en cuatro países de la Europa continental y meridional: Francia, Italia, Portugal y España, que además de constituir un bloque cultural bastante homogéneo, presentan la virtualidad de haber promulgado el derecho de acceso hace más de una década, intervalo suficiente para permitir una evaluación de la efectividad práctica del derecho de acceso. Ciertamente este criterio limita sustancialmente el número de referencias comparadas, pero entendemos que, en cambio, permite una exposición más detenida, no limitada a una prolija y enojosa enumeración de disposiciones desprovista de verdadera significación y, por tanto, utilidad. Asimismo, con objeto de facilitar el contraste, en la exposición de cada modelo se ha seguido idéntico esquema.

## II. EL ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN PÚBLICA EN FRANCIA

### 1. *La implantación legal del derecho de acceso en Francia*

Tras un proceso largo de maduración, la Asamblea Nacional francesa aprobó la Ley núm. 78-753, de 17 de julio de 1978, referente a diversas medidas de mejora de las relaciones entre la administración y el público, que constituye el primer modelo europeo moderno de transparencia y acceso a la documentación pública, inspirado directamente en la *Freedom of Information Act* norteamericana, pero dotado de una identidad propia. Asimismo, esta ordenación fue actualizada por la Ley 2000-321 de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas. La finalidad básica de esta reforma fue armonizar el acceso a los documentos administrativos, independientemente de si están o no disponibles en soporte informático, y de si constituyen o no un documento de archivo. Con todo, la reforma del 2000 no se propuso “revolucionar” la ordenación al derecho de acceso, sino que se trata de una reforma de ajustes y actualización, ratificando la “jurisprudencia” de la Comisión de Acceso a la Documentos Administrativos (CADA) e incorporando las posibilidades abiertas por las nuevas tecnologías de la información.<sup>3</sup>

3 Por lo demás, la reforma del 2000 tuvo su origen en un informe elaborado por el Consejo de Estado, “Pour une meilleure transparence de l’administration. Étude sur l’accès des citoyens aux données publiques”, *La documentation française*, 1998.

## 2. Los sujetos activos y pasivos del derecho de acceso en Francia

La titularidad del derecho de acceso no ofrece duda alguna, pues mediante una reforma de 1979 se sustituyó la expresión original de administrado, por la de toda persona, incluyendo, por tanto, a cualquier persona física, sin distinción de nacionalidad, así como a las personas jurídicas, comprendidas también las entidades públicas.<sup>4</sup> Asimismo, el solicitante no está obligado a justificar su interés, ni a precisar los motivos para los solicita la comunicación del documento.

En cuanto a los sujetos pasivos del derecho de acceso, la Ley 78-753 se aplica directamente, además de a la administración del Estado, a las colectividades territoriales (municipios, departamentos y regiones). Asimismo, la Ley incluye a todos los “establecimientos públicos” (entidades públicas), con independencia de que sean de carácter administrativo o de carácter industrial o comercial. Pero, sobre todo, la Ley francesa presentó en su día la originalidad, en relación con el modelo norteamericano, de someter también a la Ley de Acceso a la Documentación Pública a los llamados organismos de derecho privado “encargados de la gestión de un servicio público”, expresión que la jurisprudencia entiende en un sentido amplio como organismos encargados de una “misión” de servicio público, aun cuando el desarrollo de esta misión no comporte ejercicio de potestades públicas; si bien el Consejo de Estado, en contra de la opinión de la CADA, restringe la comunicabilidad a los documentos relacionados directamente con la actividad de servicio público.<sup>5</sup>

## 3. El documento administrativo como objeto del derecho de acceso

En el sistema creado por la Ley 78-753 la noción de “documento administrativo comunicable” ocupa un lugar central, pues la decisión sobre la concesión o admisión de una solicitud de acceso depende, en gran medida, de que el documento en cuestión sea susceptible de ser calificado

4 Según el *Rapport d'activité de l'année 2001* de la CADA, el 67% de las solicitudes son formuladas por personas físicas, el 30% por personas jurídicas, y el resto por entidades públicas.

5 Para determinar cuándo una entidad debe ser considerada como encargada de una misión de servicio público, el Consejo de Estado, —*arrêt* de 20.7.1990, *Ville de Melun et Association “Melun Culture Loisirs”*, Recueil Dalloz, 1990, 32, p. 211— emplea la doctrina del “haz de indicios”, es decir, combina un conjunto de criterios, como el objeto estatutario de la entidad y la naturaleza de las actividades encomendadas, el origen y naturaleza de sus recursos y la composición de sus órganos de dirección.

como tal. A este respecto, la Ley 2000-321 incidió sobre varios aspectos de la noción de documento administrativo. En primer lugar, en relación con el soporte documental, al permitir el acceso a documentos existentes en soportes informáticos, extendió su ámbito a los correos electrónicos, y al permitir el acceso a los documentos “que puedan obtenerse mediante un tratamiento informatizado de uso corriente”, la Ley 200-321 quebró parcialmente la regla tradicional de la preexistencia del documento, pues ahora la administración puede verse obligada a extraer un cierto número de informaciones que figuren en sus bases de datos, creando, en cierto modo, un documento que como tal no existía a la fecha de la solicitud.

En segundo lugar, la Ley 2000-321 vino a sancionar la doctrina de la CADA y de la jurisprudencia conforme a la cual las autoridades administrativas no están obligadas a comunicar documentos inacabados —como borradores o esbozos—, así como los documentos conclusos pero preparatorios de una decisión —tales como informes y proyectos que se enmarcan en un procedimiento decisorio—, criterio que permitiría a las autoridades administrativas definirse serenamente, sin presiones exteriores.<sup>6</sup> En todo caso, debe señalarse que el documento será libremente accesible cuando el procedimiento decisorio en el cual se enmarca haya finalizado.<sup>7</sup> No obstante, se trata de un criterio cuestionado por un sector de la doctrina, que considera que es precisamente en el proceso de elaboración de una decisión cuando es más necesaria la transparencia.<sup>8</sup>

En tercer lugar, en relación con la conocida regla de autor del documento, la utilización de la Ley 78-753 del verbo “emanar” condujo a algunas interpretaciones restrictivas. En cambio, la Ley 2000-321 deja por

6 Debe señalarse que la noción de documento preparatorio no coincide exactamente con la noción de documento relativo a un procedimiento abierto. Así, hay procedimientos complejos, que integran varias etapas sucesivas, en los cuales la CADA ha admitido la comunicación anticipada de determinados documentos. Es el caso de los planes de ocupación del suelo (planes urbanísticos), en relación con los cuales, a partir de la adopción del proyecto por el consejo municipal, numerosos documentos relacionados con la elaboración del proyecto son ya comunicables (CADA, 17.12.1998, Bricaud/Association des propriétaires du lotissement du Couloubrier).

7 Debe precisarse que la CADA había introducido un añadido: los documentos preparatorios pierden este carácter cuando sea adoptada la decisión que preparan “o bien en el momento en que sea evidente que ninguna decisión será adoptada” (CADA, 9.7.1998, Maire de Le Temple-sur-Lot), o bien cuando haya vencido el plazo legal para adoptar la decisión (CADA, 18.12.1998, *Rebattu*). Con todo, debe observarse que, después del secreto fundado en la protección de la vida privada, el carácter preparatorio es, en términos cuantitativos, el motivo más utilizado para denegar el acceso al documento: un 27,7% en el 2001. CADA, *Rapport d'activité de l'année 2001*, p. 16.

8 “Quand les travaux de construction d'une autoroute commencent dans votre jardin, il est déjà trop tard!”. Véase Gounin, Yves, “L'accès aux documents administratifs après la Loi du 12 avril 2000”, *Cahiers de la Fonction Publique*, septiembre de 2000, p. 10.

fin terminantemente claro que las autoridades sujetas a la Ley 78-753 están obligadas a comunicar los documentos administrativos que *poseen*, a las personas que los solicitan. Por tanto, las autoridades administrativas no pueden ya escudarse en la circunstancia de que el documento ha sido generado y transmitido por otra entidad pública, lo cual presentaba cierta relevancia en relación con los documentos en poder de las prefecturas en el marco de las relaciones de control de la legalidad de las actuaciones de las colectividades locales.

Sin embargo, la Ley 200-321 no alteró la controvertida doctrina del Consejo de Estado, según la cual, en contra del parecer de la CADA, la noción de documento administrativo comunicable debe vincularse a la naturaleza y régimen jurídico de la actividad en el curso de la cual el documento fue generado, y que permite excluir del derecho de acceso la documentación generada por las autoridades administrativas en sus relaciones jurídico-privadas.

#### 4. *Los límites del derecho de acceso en Francia*

En relación con los límites del derecho de acceso, la Ley 200-321 efectuó dos importantes aportaciones, relacionadas con la exclusión del derecho de acceso motivada en la protección de la vida privada.<sup>9</sup> En la versión original de la Ley 78-753 la excepción del derecho de acceso relativa a la tutela de la privacidad de terceros integraba la noción misma de documento administrativo comunicable, pues, en principio, únicamente lo serán los documentos “no nominativos”. No obstante, tanto la CADA como la jurisprudencia acuñaron una noción estricta de documento “nominativo”, en el sentido de documentos que contuviesen una apreciación o un juicio de valor sobre una persona física nominalmente designada o fácilmente identificable, así como los que comportaran informaciones de orden personal, o que se refirieran al comportamiento de personas físicas concretas y que, de un modo u otro, la divulgación de dicho comportamiento podría causar un perjuicio.

En este sentido, la Ley 200-321 eliminó la expresión “de carácter no nominativo” —artículo 1 Ley 78-753— de la definición de documentos comunicables, situando la cuestión en su ámbito natural, esto es, el de los

<sup>9</sup> Lo cierto es que la exclusión fundada en el perjuicio a la vida privada es, con diferencia, la más utilizada en la práctica. Así, este motivo fundamentó los porcentajes siguientes de dictámenes desfavorables de la CADA: 1995-98 (53,6%), 1999 (55,6 %), 2000 (52,1%), 2001 (49,1%). CADA, *Rapport d'activité de l'année 2001*, p. 16.

límites relativos —no absolutos— del derecho de acceso —artículo 6.2 Ley 78-753—, y dando, además, carta de naturaleza a la interpretación efectuada por la CADA y el juez administrativo: no son comunicables más que al “interesado” los documentos cuya comunicación pudiera atentar al secreto de la vida privada, los documentos que contengan una apreciación o juicio de valor sobre una persona física, nominativamente designada o fácilmente identificable, así como los documentos que revelen el comportamiento de una persona y cuya divulgación podría perjudicarles. Por su parte, la CADA ha precisado que la noción de persona “interesada” en oposición a tercero no se ciñe exclusivamente a la persona en consideración a la cual el documento fue elaborado.<sup>10</sup> En cambio, la Ley 200-321 no tornó positiva la técnica de la comunicación parcial, a pesar de estar ampliamente reconocida por la CADA y la jurisprudencia.<sup>11</sup>

Pero, sobre todo, la Ley 2000-321 modificó el criterio de delimitación entre la Ley 78-753 y la Ley 78-17 sobre la informática, los ficheros y las libertades. Hasta entonces, la Ley 78-753 excluía de su ámbito a los documentos plasmados en ficheros informáticos que contuviesen informaciones nominativas, cuyo acceso estaba sujeto a la Ley 78-17. Este criterio hacía depender el régimen de acceso al documento, no de su contenido u origen, sino del modo de elaboración y presentación del mismo. Además, dado el objetivo diverso de las Leyes 78-753 y 78-17, este criterio de delimitación daba lugar a disparidades de tratamiento injustificables, pues una misma información podía seguir, en función de su modo de presentación, un régimen opuesto: si se trataba de un documento de papel podía ser libremente accesible en aplicación de la Ley 78-753, pero si constaba en una base de datos informatizada, el acceso se consideraba reservado a los titulares de las informaciones nominativas, en aplicación de la Ley 78-17.<sup>12</sup>

10 Por tanto, el cambio de término *concernée*, que utilizaba la Ley antes de la reforma del 2000, a *intéressé*, no ha tenido incidencia sobre la doctrina ya establecida (véase Consejo de Estado, 20.11.1995, Caisse régionale d'assurance maladie de Bretagne).

11 Así la CADA considera, de modo sistemático, que los documentos que contienen determinadas informaciones concernientes a la vida privada de las personas —como la dirección personal y la fecha de nacimiento— no justifican la denegación del acceso al documento en su integridad, imponiendo en estos casos una comunicación parcial (*Rapport d'activité de l'année 2002*, p. 18).

12 Es obvio que esta disparidad era cada vez más evidente, debido a la generalización del uso de la informática por parte de las administraciones, a lo que se añade que la mayor parte de los datos relativos a personas físicas identificables tienen un carácter nominativo en el sentido de la Ley 78-17. De este modo, un número cada vez más creciente de informaciones escapaban del campo de aplicación de la Ley 78-753.

Con objeto de remediar esta situación, la Ley 2000-321 —artículo 7o.— incluyó dentro del campo de aplicación de la Ley 78-753 a los documentos contenidos en un soporte informático, y cualquiera que sea la naturaleza de las informaciones en ellos contenidos, esto es nominativas o no. De este modo, el acceso a los documentos administrativos es en principio regido por la Ley 78-753, cualquiera que sea el modo de elaboración del documento y la naturaleza de las informaciones que contenga. Así, el modelo francés ha alcanzado un grado de coordinación admirable entre los dispositivos legales de acceso a la información y de protección de la intimidad y vida privada.

### *5. El ejercicio del derecho de acceso en Francia*

La Ley 2000-321 permite expresamente a las autoridades sujetas a la Ley eludir el deber de comunicación en dos supuestos ya empleados por la jurisprudencia: de un lado, cuando el documento haya sido objeto de una difusión pública, y, de otro lado, cuando se trate de solicitudes abusivas (manifiestamente dirigidas a perturbar el buen funcionamiento de los servicios administrativos), en particular por su número, carácter repetitivo o sistemático.<sup>13</sup>

Asimismo, a las modalidades tradicionales de acceso directo y mediante copia (a elección del ciudadano), la Ley 2000-321 añadió la comunicación del documento en soporte informático si el documento solicitado se encuentra en tal soporte. Puede incluso solicitarse que el fichero sea remitido a través de Internet, si la administración dispone de acceso a dicha red. Estas nuevas posibilidades presentan innegables ventajas, pues facilitan la comunicación de documentos voluminosos, como informes o planes de ordenación del suelo, y también permiten al usuario manejar cómodamente la información así obtenida, y, además, desde el punto de vista de la administración, la descargan de tareas enojosas de reprografía, si bien se acentúan los riesgos de utilización de la información con fines comerciales.

A este respecto, debe recordarse que la Ley 78-753 prohíbe el uso de la información obtenida con fines comerciales. Sin embargo, la CADA ha mantenido, con excelente criterio, que la autoridad administrativa no pue-

<sup>13</sup> La cuestión actual es si la difusión del documento a través de la *web* institucional de la administración satisface las exigencias legales (*avis* 7.12.2000, *Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*).

de denegar la comunicación del documento basándose en simples sospechas sobre la utilización del mismo, debiendo limitarse a recordar al solicitante la prohibición legal.<sup>14</sup>

De otro lado, en cuanto a la imputación de costes, la Ley 78-753 estableció la gratuidad de la consulta en el lugar, si bien los gastos de expedición de copias debían correr a cargo de quien las solicitara, precisándose, además, que tales gastos no podían exceder del *coste real de los gastos de funcionamiento*. Y aun cuando la CADA y los tribunales administrativos se esforzaron por precisar qué debía entenderse por costes reales de funcionamiento, ello no impidió que se produjeran grandes disparidades entre las distintas administraciones en la fijación de las tarifas por reproducción de documentos, en algunos casos con intención claramente disuasoria. Ante ello, la Ley 2000-321 precisó que los gastos exigidos por la administración, cualquiera que sea la forma de reproducción, “no podrán exceder del coste de dicha reproducción, en las condiciones previstas por Decreto”. De este modo, la Ley permite un sistema de tarificación uniforme, aplicable al conjunto de las autoridades administrativas sujetas a la Ley.<sup>15</sup>

## 6. Las garantías del derecho de acceso en Francia

La Ley 78-753 presentó la originalidad de establecer una autoridad administrativa independiente, la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA), llamada a garantizar en primer término la correcta aplicación de la Ley, mediante su intervención preceptiva en un recurso precontencioso, con la singularidad de que en el sistema establecido en la Ley 78-753 la Comisión no emite más que un dictamen no vinculante, el cual no es solicitado por la autoridad administrativa sino por el interesado, de tal modo que la autoridad que es llamada a reexaminar el asunto es la misma que adoptó la decisión inicial. Pero, a pesar de estos poderes limitados, lo cierto es que la CADA ha acreditado en la práctica una notable eficacia, de tal modo que esta experiencia francesa demuestra

14 CADA, *avis* de 21.9.2000, Office de tourisme de Lourdes.

15 El Decreto que desarrolla la Ley en este punto es el Decreto número 2001-493, de 6 de junio, el cual establece que para el cálculo de los gastos deben tenerse en cuenta, con exclusión de los gastos de personal resultantes del tiempo consagrado a la búsqueda del documento, los gastos de reproducción y envío del documento, que incluyen: el coste del soporte facilitado al solicitante, el coste de amortización y funcionamiento del material utilizado para la reproducción del documento, así como el coste del franqueo del envío postal.

cumplidamente que la protección no jurisdiccional está justificada si permite una resolución rápida y económica de los litigios de comunicación.

Pues bien, a la vista del papel central que la CADA desempeña en dispositivo galo de transparencia, la Ley 200-321, sin modificar el estatuto y potestades de la Comisión, amplió sus competencias. En efecto, en la versión original de la Ley 78-753, la CADA únicamente era competente para conocer las denegaciones de solicitudes de acceso fundamentadas en la Ley 78-753, pero no en aquellos casos en los que la solicitud de acceso se fundamentaba en un régimen especial, como el previsto en el Código Electoral, en el Código General de las Colectividades Territoriales o el Código de Urbanismo. Pero, tras la Ley 200-321, la CADA es ya competente para conocer las reclamaciones relativas al acceso a los documentos administrativos en virtud de las anteriores —y otras— Leyes especiales, si bien no se unifican por ello las reglas de fondo.

Pero, sobre todo, la Ley 2000-321 —artículo 7o.— extendió las competencias de la CADA a la aplicación de la Ley 79-18 de Archivos, armonizando ambos textos legales: la Ley 78-753 se aplicará a los documentos administrativos aun cuando se encuentren en los archivos, si bien los documentos no comunicables en virtud de la Ley 78-753, podrán serlo cuando expiren los plazos previstos en la Ley 79-18 de Archivos —que oscilan de treinta a cien años—. Así, corresponde a la CADA conocer las denegaciones de comunicación de documentos depositados en archivos públicos, fundadas en la aplicación de los plazos fijados por la Ley de Archivos, así como las denegaciones de solicitudes de “derogaciones singulares” (dispensas) por parte de investigadores de comunicación de documentos de archivo antes del vencimiento de los plazos legales. Y esta intervención de la CADA está conduciendo a una mayor transparencia en este tipo de decisiones.<sup>16</sup>

16 Para ello, la Comisión sigue un razonamiento en dos tiempos. En primer lugar, se asegura que los documentos solicitados no son efectivamente de libre acceso en virtud de la Ley 78-753. En segundo lugar, se esfuerza, caso por caso, de ponderar los costes y ventajas de la solicitud de dispensa, teniendo en cuenta de una parte el objeto de la demanda y las motivaciones del solicitante —investigación científica, curiosidad personal, interés familiar—, y, de otra parte, el grado de perjuicio a los intereses protegidos por la Ley. Así, la CADA se inclina a informar favorablemente las solicitudes que acreditan un interés científico serio y referentes a documentos relativamente antiguos; y, por el contrario, el informe es desfavorable en el caso de solicitudes motivadas por razones puramente personales o por simple curiosidad. Véase CADA, *Rapport d'activité de l'année 2000*, “Le régime d'accès aux documents administratifs un an après l'entrée en vigueur de la loi du 12 avril 2000”, pp. 35-37. También, *Rapport d'activité de l'année 2002*, pp. 6-7, y los *avis* recogidos en las pp. 46 y ss.

## 7. Evaluación de la efectividad del sistema francés

Tras la reforma de la Ley 2000-321, debe reconocerse que el marco legal del derecho de acceso en Francia fue actualizado y perfeccionado, lo cual es, en sí mismo, expresivo de su vitalidad, de tal modo que puede afirmarse que el dispositivo francés es un sistema moderno y presidido efectivamente por una firme voluntad de transparencia. Con todo, la propia CADA reconoce que la ordenación es aún imperfecta, pues persisten múltiples regímenes especiales de acceso a la documentación administrativa, en general más restrictivos que el régimen de derecho común de la Ley 78-753 y, en relación con los cuales, la CADA no siempre es competente en caso de denegación.<sup>17</sup> Además, un cierto número de documentos escapan a todo régimen de comunicación, sobre todo, en materia de defensa nacional.

En cuanto a su grado de aplicación, obviando los modelos escandinavos, el sistema francés de transparencia gubernamental, es el dispositivo nacional europeo que acredita una mayor efectividad práctica. Así, el número anual de solicitudes de dictámenes de la CADA se ha multiplicado por diez,<sup>18</sup> y en la mayor parte de las ocasiones el dictamen de la comi-

17 La propia CADA diferencia hasta seis hipótesis de regímenes especiales, *Rapport d'activité de l'année 2000*, pp. 42 y 43, cuestionándose la necesidad de conservar tantos regímenes particulares que no son sino inercias del pasado, y que causan una extrema complejidad en el ejercicio del derecho de acceso, que debe desenvolverse en un laberinto de textos legales plagados de sutiles distinciones. Asimismo, tras la Ley 2000-321, se han aprobado nuevas leyes que instituyen procedimientos especiales: como la Ley de 22 de enero de 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y de los "pupilos" del Estado (menores tutelados por el Estado), la cual crea además una nueva autoridad administrativa independiente (la Comisión Nacional para el Acceso a los Orígenes Personales); y la Ley de 2 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, que reorganiza las condiciones de acceso a la historia clínica, permitiendo el acceso directo, sin intermediación de facultativo.

18 Ha pasado de 431 *avis* emitidos en 1979-80 a 4328 emitidos en el año 2001 (CADA, *Rapport d'activité de l'année 2001*, p. 3), y 4493 en el año 2002 (CADA, *Rapport d'activité de l'année 2002*, p. 8). Por sectores, los más solicitados son los de asuntos sociales (expresión que incluye la sanidad), urbanismo, función pública y medio ambiente (en conjunto representan el 50% del total de las solicitudes); y, por sujetos pasivos, la autoridad más afectada por las demandas de acceso es el Estado (un 46% en el 2001, y 40% en el 2002), seguido por los municipios (24% en el 2001 y 26% en el 2002). La propia CADA (*Rapport d'activité de l'année 2000*, p. 45) considera que este aumento de su actividad es también demostrativo de las resistencias de la administración en la aplicación de la Ley, sin embargo, a nuestro modo de ver, dicha evolución es ante todo indicadora de funcionamiento del sistema, pues es ilusorio pensar que las administraciones van a facilitar los documentos de *motu proprio*. La propia CADA señala algunas explicaciones: de un lado, en el ámbito de los municipios aún no se conoce suficientemente la Ley, de modo que la reacción inicial es denegar el acceso; y, de otro lado, los organismos privados encargados de la gestión de un servicio público siguen considerándose ajenos a la Ley.

sión es favorable a la comunicación del documento.<sup>19</sup> Además, en un porcentaje no desdeñable de asuntos, la autoridad administrativa opta por comunicar el documento antes de que la CADA se pronuncie,<sup>20</sup> y, en todo caso, la gran mayoría de los dictámenes favorables a la comunicación son seguidos por la administración, de tal modo que la comisión cumple un papel capital de mediación que evita en numerosos casos que el público tenga que acudir al juez administrativo, cuyas posiciones, por otra parte, suelen coincidir con las de la CADA.<sup>21</sup>

Sin embargo, también hay algunas disfunciones, pues la CADA constata que en uno de cada cuatro asuntos, la administración requerida no se toma la molestia de responder la solicitud. Asimismo, cuando la CADA emite un dictamen favorable a la comunicación del documento, una de cada cuatro administraciones incumplen el deber legal de informar a la comisión sobre cuál es el tratamiento que ha dado al dictamen. Se considera, en fin, preciso que las administraciones realicen mayores esfuerzos en materia de señalización de documentos —lo que explica que en la mayor parte de los casos los documentos solicitados son de interés personal— y en dotarse de estructuras específicas encargadas de tramitar las solicitudes de acceso (los llamados corresponsales de la CADA).<sup>22</sup>

En definitiva, tras veinticinco años de vigencia, puede decirse que el dispositivo francés de transparencia ha enraizado en el paisaje adminis-

19 La evolución del porcentaje de dictámenes favorables es la que sigue: media de 1995-1998 (50,3%); 1999 (49,3%), 2000 (48,8%), 2001 (56,3%) —*Rapport d'activité de l'année 2001*, p. 12—, 2002 (50,7%) —*Rapport d'activité de l'année 2002*, p.17—. La CADA señala que numerosos dictámenes favorables se refieren a documentos cuya comunicación debería ser automática —como licencias de obras, planes de urbanismo, actas de órganos colegiados, historias clínicas y copias de exámenes solicitadas por los interesados—, y también entra aquí la opción por la CADA por la comunicación parcial del documento.

20 La evolución del porcentaje documentos comunicados entre la reclamación y el dictamen de la CADA es la que sigue: media de 1995 a 1998 (16%); 1999 (17%), 2000 (15,6%), 2001 (13,5%). —*Rapport d'activité de l'année 2001*, p. 18, 2002 (12,3%)— *Rapport d'activité de l'année 2002*, p. 22. Por su parte, la CADA (*Rapport d'activité de l'année 2000*, p. 47) considera esta actitud rechazable, pues hace perder tiempo a los ciudadanos y a la CADA.

21 CADA, *Neuvième rapport d'activité*, 1999, p. 81. La evolución del porcentaje de dictámenes favorables seguidos por la Administración es la que sigue: media de 1995 a 1998 (74,3%); 1999 (72%), 2000 (65,7%), 2001 (70,1%) —*Rapport d'activité de l'année 2001*, p. 18-, 2002 (64,3%)— *Rapport d'activité de l'année 2002*, p. 23.

22 CADA, *Neuvième rapport d'activité*, 1999, p. 77; CADA, *Rapport d'activité de l'année 2000*, pp. 7 y 48. Como se señala la propia CADA, los mejores textos legales encuentran rápidamente sus límites cuando las administraciones no se dotan de los medios necesarios para aplicarlos (*Rapport d'activité de l'année 2002*, p. 2).

trativo, pues es relativamente conocido por la ciudadanía y aplicado por las administraciones, tal vez sin entusiasmo pero tampoco sin mala fe sistemática.

### III. EL ACCESO A LA DOCUMENTACION PÚBLICA EN ITALIA

#### 1. *La implantación legal del derecho de acceso en Italia*

Tras varios precedentes y prolongados debates, el derecho de acceso a la documentación pública fue introducido en el ordenamiento italiano mediante la Ley núm. 241 de 7 de agosto de 1990, relativa a nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos. Por tanto, no se trata de una Ley específica sobre el derecho de acceso, sino de una norma conjunta de procedimiento administrativo y derecho de acceso, y en la cual las reglas sobre el derecho de acceso se enmarcan en un contexto más general de las instituciones (participación procedimental, motivación de las resoluciones administrativas, determinación del responsable del procedimiento...) preordenadas a la mejora de relaciones de la administración con el ciudadano. Asimismo, debe señalarse que la ordenación del derecho de acceso contenida en la Ley 241-1990 va a ser objeto de una inminente y profunda reforma, ya aprobada por el Senado el 10 de abril de 2003 (Proyecto de Ley 1281), a la cual se harán las referencias oportunas.

Ahora bien, a diferencia del modelo francés, en el dispositivo italiano la normativa reglamentaria cumple un papel central, pues la Ley 241-1990 estableció un complejo sistema de reenvíos en “cascada” en dos niveles reglamentarios. En primer lugar, la Ley —artículo 24.2— autorizó al gobierno para que dictara uno o más decretos que regulasen las modalidades de ejercicio del derecho de acceso y los casos de exclusión del ejercicio del mismo, lo cual tuvo lugar mediante Decreto de P.R. de 27 de junio de 1992 núm. 352, por el que se aprobó el Reglamento para la disciplina de las modalidades de ejercicio y de los casos de exclusión del derecho de acceso a los documentos administrativos.

Pero, además, en segundo lugar, la Ley 241-1990 —artículo 24.4— dispuso la obligación de cada una de las administraciones públicas de concretar, mediante uno o más reglamentos, las categorías de documentos que se hallen sustraídos del acceso. Y después de más de diez años de la aprobación a la Ley, el grado de cumplimiento de este mandato por el

conjunto de las administraciones es aún significativamente parcial.<sup>23</sup> No obstante, si bien en una primera etapa —hasta mediados de los noventa— la jurisprudencia vaciló acerca de si el dispositivo legal era o no plenamente operativo hasta que tuviese lugar la emanación de dichas normas, debe señalarse que finalmente ha prevalecido el criterio según el cual en caso de falta de ejercicio de la potestad reglamentaria, todos los documentos son accesibles, salvo en los casos previstos en Leyes diversas a la Ley 241-90.<sup>24</sup>

## 2. Los sujetos activos y pasivos del derecho de acceso en Italia

### A. Sujetos activos

Si la determinación de los titulares del derecho de acceso no suscita, en principio, grandes problemas —“cualquiera” dice la Ley—,<sup>25</sup> la delimitación de los sujetos legitimados para ejercer en cada caso el derecho de acceso constituye la principal característica del modelo italiano que lo separa del resto de los sistemas comparados, en los cuales la simple curiosidad del administrado es suficiente para fundar la comunicación de los documentos en poder de la administración. En efecto, la Ley —artículo 22— requiere que la persona que reclama información tenga interés en la tutela de “situaciones jurídicamente relevantes”, sin que el Proyecto de Ley 1281 modifique sustancialmente el criterio del legislador de 1990.

Qué debe interpretarse por “situaciones jurídicamente relevantes” es una cuestión en extremo difícil de precisar apriorísticamente, y no exenta de las sutilezas jurídicas tan caras al ordenamiento italiano. Así, de acuerdo con la jurisprudencia, no es suficiente para ejercer el derecho de acceso el interés genérico de todo ciudadano en el control de la legalidad de la actividad de la administración pública, o el interés genérico en la transparencia o *buon andamento* de la administración. Pero, a pesar de no consti-

23 Así, a fecha del año 2000, de los 8,100 municipios italianos, únicamente habían comunicado a la CADA su Reglamento algo más de 3000, es decir un 37% del total, sin contar que algunos reglamentos no son pertinentes. Véase CADA, “Relazione per l’anno 2000 sulla trasparenza dell’attività della pubblica amministrazione”.

24 CADA, Direttiva de 23 de abril de 2001, núm. 3877, Enti locali. Regolamenti di attuazione dell’articolo 24, comma 4, della Legge 27 agosto 1990, núm. 241.

25 Debe, no obstante, señalarse que el Proyecto de Ley 1281 refiere el derecho a los “sujetos privados”, remitiendo la adquisición de documentos administrativos por parte de los sujetos públicos al ámbito de las relaciones interadministrativas, presididas por el principio de leal cooperación institucional.

tuir una acción popular que consienta un control generalizado de la administración, se estima que la posición que legitima al ciudadano el acceso a los documentos administrativos no debe necesariamente poseer todos los requisitos que legitimarían el recurso ante el juez administrativo, es decir, la posición jurídica cualificada a la que se refiere la Ley no iría exclusivamente referida al ejercicio de acciones de tutela derechos subjetivos e intereses legítimos (posiciones jurídicas plenas y fundadas), sino que cubriría también posiciones jurídicas subjetivas meramente potenciales, susceptibles de comportar repercusiones positivas o negativas sobre la esfera jurídica del solicitante.<sup>26</sup>

Sin embargo, obviando el hecho de que aquélla es justamente la noción de interés legítimo vigente en el ordenamiento español tras la Constitución de 1978, lo cierto es que en la práctica la obtención de la información se suele vincular a su instrumentación en un eventual juicio sucesivo. En definitiva, se exige una relación instrumental entre el conocimiento del documento y la tutela de esas situaciones jurídicas relevantes, de tal modo que el acceso tiene por objeto fundamental permitir al particular valorar la posibilidad de un eventual recurso en sede jurisdiccional.<sup>27</sup> De este modo, la específica legitimación exigida por la Ley 241-1990 para el ejercicio del derecho de acceso, sobre la que giran la mayoría de los contenciosos sobre acceso, condiciona notablemente el alcance y potencialidad de la institución, alejándola de su significado profundo de mecanismo de control democrático.

No obstante, deben formular varias observaciones. En primer lugar, la jurisprudencia ha dispensado a los periodistas un trato privilegiado en relación con el resto de los ciudadanos, en el sentido de reconocerles un interés cualificado en relación con cualquier información que pueda interesar a la opinión pública, por considerar que la obtención de dicha información es instrumental a su función de divulgación, de tal modo que se trata de un interés profesional, de carácter genérico y desconectado de la esfera personal del solicitante.<sup>28</sup> En segundo lugar, se ha considerado que

26 Consejo de Estado, Sez. VI, 1.3.2000; Sez. IV, 29.4.2002; Sez. VI, 22.10.2002.

27 Así, el Consejo de Estado (comisión especial-dictámenes, 3.2.1997) ha señalado que el derecho de acceso no transforma a la administración en una especie de “banco de datos” a la que cualquiera pueda acceder, debiendo el solicitante ser titular de un interés cualificado en relación con el cual la falta de conocimiento del acto, del cual es destinatario o que tenga repercusiones sobre su esfera jurídica, es susceptible de perjudicarlo.

28 Consejo de Estado, Sez. IV, 6.5.1996; TAR Emilia Romagna, 7.10.1996. Así, también CADA, *parere* 27.2.2003, Comune di Fino Mornasco.

la exigencia de ser portador de una situación jurídica relevante no comporta que la administración esté legitimada para valorar la viabilidad de la eventual demanda judicial que el interesado pueda, en hipótesis, presentar, valoración que únicamente corresponderá, en su caso, al órgano jurisdiccional correspondiente.<sup>29</sup>

En tercer lugar, mientras que en relación con los sujetos terceros respecto a un procedimiento administrativo debe examinarse caso por caso la acreditación del interés en la tutela de situaciones jurídicas relevantes, para los sujetos que sean parte en el procedimiento la legitimación para acceder es atribuida directamente por la Ley, como derecho incondicionado a conocer los actos del procedimiento. Y, por último, en cuarto lugar, de la exigencia legitimadora se excepcionan las solicitudes de acceso fundadas en la Ley del ordenamiento local (artículo 10 del actual Decreto legislativo núm. 267 de 18 de agosto de 2000), si bien esta vía se reserva a los nacionales residentes en el municipio,<sup>30</sup> así como los documentos que entran dentro de campo del D. Leg. núm. 39, de 24 de febrero de 1997, de transposición de la Directiva 90/313/CE, relativa a la libertad de acceso a la información en materia ambiental.

### B. Sujetos pasivos.

La Ley 241/1990 dispuso —artículo 23.1— que el derecho de acceso se ejercita en relación con “la administración del Estado, incluidos las *aziende autonome*, los entes públicos y los concesionarios de servicios públicos”. Aun cuando la expresión “entes públicos” era lo suficientemente amplia para comprender a las administraciones territoriales, por Ley núm. 265 de 3 de agosto de 1999 se dio una nueva redacción al precepto, ordenando que el derecho de acceso se ejercita en relación con las administraciones públicas, las *aziende autonome* y especiales, los entes públicos y los gestores de servicios públicos. De este modo, se refuerza la vocación de la Ley de aplicación del dispositivo de acceso al conjunto del

29 CADA, *parere* 27.3.2003, Comune di Dubino; CADA, *parere*, 15.5.2003, Presidenza del Consiglio dei Ministri.

30 Así, el Consejo de Estado (1.6.1998, núm. 718) señala que este acceso no necesita motivación, en cuanto es atribuido al ciudadano elector con la finalidad de ejercer un control “político” en relación con los órganos representativos locales. En este sentido, se ha pronunciado también la CADA, *Direttiva* 10 febbraio 1996, núm. 1703, “Disciplina dell’accesso ai documenti amministrativi secondo le Leggi 7 agosto 1990 núm. 241 e 8 giugno 1990 núm. 142: differenze e problemi di coordinamento tra le due leggi”.

sistema administrativo. Y, en este sentido, el Proyecto de Ley 1281, tras calificar expresamente que la accesibilidad de los documentos administrativos constituye un principio general de la actividad administrativa, califica esta regulación como básica para todo el territorio nacional, sin perjuicio de la potestad de las regiones y de los entes locales para garantizar “niveles superiores de tutela”.

Asimismo, debe destacarse que la expresión de gestores de servicios públicos es aún más amplia que la de concesionarios, tomada del derecho francés, y, en este sentido se considera que, en presencia de interés prevalente, debe admitirse el derecho de acceso frente a quien desarrolle un servicio público —en virtud de norma legal o de un acto administrativo, aun cuando se someta a reglas de derecho privado. Más aún, por influencia del derecho comunitario en materia de contratación pública, la noción de administración pública y de ente público está experimentando una progresiva extensión en el ordenamiento italiano (y, por ende, la noción de acto administrativo y la competencia del juez administrativo), considerándose que no es incompatible la forma de sociedad de capital con la naturaleza sustancial de ente público, si se cumplen determinados “indicios” que bien recuerdan la doctrina francesa del “haz de indicios” empleada para similar finalidad.<sup>31</sup> Por su parte, el Proyecto de Ley 1281 resuelve expresamente cualquier duda, al entender a efectos del derecho de acceso por administración pública a todos los sujetos de derecho público “y los sujetos de derecho privado limitadamente a su actividad de interés público disciplinada por el derecho nacional o comunitario” (tal como viene entendiendo el Consejo de Estado francés).

Por su parte, en relación con las entidades locales, se ha tratado ampliamente la integración de Ley 241/1990 con la Ley de entidades locales (actual Decreto-legislativo núm. 267 de 18 de agosto de 2000), considerándose que ambas Leyes deben coordinarse según una relación de género a especie, según la cual la Ley 241-90 (ley general) se aplica también a las entidades locales en todos los casos que no encuentren aplicación en las disposiciones especiales de la Ley 142/90.<sup>32</sup>

31 Así, la CADA, *parere* 27.2.2003, Comune de Bordano, en relación con una sociedad mixta dedicada al desarrollo local en el marco de los programas de la Comunidad Europea.

32 CADA, *Direttiva* 10 febbraio 1996, núm. 1703, “Disciplina dell’accesso ai documenti amministrativi secondo le Leggi 7 agosto 1990 núm. 241 e 8 giugno 1990 núm. 142: differenze e problemi di coordinamento tra le due Leggi”.

### 3. El documento administrativo como objeto del derecho de acceso

La Ley 241/1990 —artículo 22.2— considera “documento administrativo” a toda representación del contenido de actos, incluidos los internos, producidos por la administración pública o, en todo caso, “utilizados a los fines de la actividad administrativa”. A partir de este precepto, la jurisprudencia ha declarado que carece de relevancia alguna que los actos en posesión de la administración sean actos administrativos producidos por la misma administración o adquiridos de sujetos privados o públicos, siendo suficiente que la administración pública tenga su disponibilidad. Asimismo, también se ha suscitado en Italia la cuestión de si una administración puede acordar el acceso a determina documentación producida por otra administración y detentada en el ejercicio de funciones de control interadministrativo, sobre la base del principio de leal colaboración entre administraciones públicas.<sup>33</sup> Además, aunque la ley menciona expresamente a los documentos internos, en la práctica se excluyen determinados documentos “informales” no oficiales —como notas reservadas y apuntes internos—, cuando constituyen apuntes y comunicaciones estrictamente personales y no exista referencia alguna a dichos actos en el procedimiento.<sup>34</sup>

Más dudosa ha sido la cuestión de si el derecho de acceso alcanza a las actuaciones de la administración sujetas al derecho privado —como sucede en Italia con la capital actividad de contratación pública—, si bien parece imponerse el criterio según el cual el derecho de acceso es de aplicación en todas las tipologías de actividad de las administraciones públicas, sin que se excluyan los actos emanados en aplicación de reglas de derecho privado.<sup>35</sup> Y, en cualquier caso, el Proyecto de Ley 1281 declara expresamente que se entiende por documento administrativo cualquier documento detentado por una administración pública y concerniente a actividad de interés público, “independientemente de la naturaleza pública o privada de la disciplina sustancial”.<sup>36</sup>

33 En sentido favorable, CADA, *parere* 10.12.2002, Ministero per i Beni Culturali. Por su parte, el Proyecto de Ley 1281 se refiere ya exclusivamente al criterio de la posesión del documento, como factor determinante del deber de comunicación.

34 CADA, *parere* 28.1.2003, Ministero delle Attività Productive.

35 Consejo de Estado, Sez. V, 15.6.1998; Consejo de Estado, *adunanza plenaria*, 22.4.1999. En este sentido, también la CADA: *parere* 12.11.2002, Ministero dell'Interno.

36 Lo cierto es que el Proyecto de Ley 1281 introduce en la Ley 241-1990 un precepto en virtud del cual se declara, nada menos, que salvo que una ley disponga lo contrario, las administraciones públicas actúan según el derecho privado.

De otro lado, a diferencia del derecho francés, la Ley 241/1990 no trata la cuestión de los documentos preparatorios en sede de noción de documento comunicable, sino en el ámbito más dúctil de los límites de ejercicio del derecho: la Ley —artículo 24.6— únicamente excluye de modo directo el acceso a los actos preparatorios en el curso de determinados actos de la administración (normativos, generales y de planificación), pero en relación con el resto de los actos preparatorios la Ley faculta a los sujetos pasivos a suspender el acceso a los documentos solicitados “mientras su conocimiento pueda impedir u obstaculizar gravemente el ejercicio de la acción administrativa”. No obstante, debe observarse que en la práctica se viene entendiendo que esta facultad de suspensión del acceso es discrecional para la administración, con la única carga de la motivación, lo cual se compagina mal con el principio de taxatividad —colorario del carácter excepcional del secreto—.<sup>37</sup> De este modo, al fin y a la postre, el resultado no varía sustancialmente del tratamiento dado en derecho francés a los documentos preparatorios.

#### 4. *Los límites del derecho de acceso en Italia*

La Ley 241/1990 recoge las excepciones más comunes al derecho de acceso, y que no parece preciso reproducir aquí. Simplemente, debe recordarse, además de la polémica potestad de *differimento* antes señalada, la amplísima remisión de la Ley a todas y cada una de las administraciones públicas para que especifiquen las categorías de documentos sustraídas al acceso por exigencias de la Ley, si bien la CADA se ha esforzado en orientar a las administraciones en la elaboración de los Reglamentos, declarando que el acceso no depende de la calificación formal que la administración efectúe de sus documentos —como “reservados” o “personales”—, sino de su naturaleza objetiva y de su correspondencia con las específicas categorías determinadas por el legislador. Y, en todo caso, todo aquello que no esté expresamente excluido, entra en la regla general de accesibilidad.<sup>38</sup>

De otro lado, como viene siendo una constante en todos los ordenamientos, en el sistema italiano presenta también una relevancia especial

<sup>37</sup> CADA, Direttiva de 26 de marzo de 1997, núm. 4541, Differimento dell'Accesso ai Documenti amministrativi.

<sup>38</sup> CADA, Direttiva de 3 de junio de 1999, núm. 5840, Regolamenti di Attuazione dell'Artículo 24, comma 4, della Legge 27 agosto 1990, núm. 241.

la confidencialidad de las informaciones fundadas en la protección de la *privacy*. A este respecto, aun cuando la Ley 241/1990 excluyó el libre acceso respecto a los documentos que puedan afectar a la intimidad de personas, grupos o empresas —artículo 24.2—, garantizó, no obstante, a los interesados la vista de los actos relativos a los procedimientos administrativos “cuyo conocimiento sea necesario para velar o para defender sus intereses jurídicos”. Así, la jurisprudencia acuñó una doctrina conforme a la cual el derecho de acceso a los fines de ejercitar el derecho a la defensa por parte de las partes de un procedimiento o para la defensa de un interés jurídico prevalece sobre el derecho a la privacidad de los terceros, en los límites en que sea necesario para la defensa de tales intereses y sobre la base de una específica y congruente motivación de la solicitud, admitiéndose en estos casos que el acceso puede limitarse a la consulta del documento sin incluir la expedición de copia del mismo.<sup>39</sup> Asimismo, este criterio ha dado lugar a una matizada doctrina sobre el acceso de los participantes en un concurso o procedimiento competitivo a la documentación elaborada por terceros participantes.<sup>40</sup>

No obstante, esta orientación fue objeto de una revisión parcial a partir de la aprobación de la Ley núm. 675, de 31 de diciembre de 1996, de tutela de las personas y otros sujetos en relación con el tratamiento de los datos personales, en relación con los datos “sensibles” (los citados en los artículos 22 y 24 de la Ley 675-96). En estos casos, se considera que la prevalencia del derecho de acceso o del derecho a la privacidad debe efectuarse caso por caso, valorando, entre otros factores, el rango el derecho que se quiere hacer valer o defender (por ejemplo, el derecho a informar de los periodistas), respecto del cual el derecho de acceso es instrumental, así como el interés público que presenta la información. Según esta jurisprudencia, el criterio de ponderación comparativa evita el riesgo de soluciones preconstituidas a partir de una abstracta escala jerárquica de los derechos en colisión.<sup>41</sup>

39 Consejo de Estado, Sez. IV, 19.7.1996; Sez. IV, 4.2.1997; Adunanza plenaria, 4.2.1997; Sez. IV, 29.1.1998; Sez. VI, 22.5.1998; Sez. V, 5.5.1999; Sez. V, 10.2.2000.

40 Consejo de Estado, Sez. IV, 31.10.1997. CADA, *parere* de 12.10.2002, Ministero dell’Economia e delle Finanze; *parere* 15.5.2003, Conservatorio di Musica di Matera.

41 Consejo de Estado, Sez. VI, 30.3.2001; TAR Lombardia, 21.3.2000. Y, en esta línea parece dirigirse el Proyecto de Ley 1281, al ordenar que debe ser garantizado al solicitante el acceso a los documentos administrativos cuyo conocimiento sea necesario para tutelar los propios intereses jurídicos. “En el caso de documentos que contengan datos sensibles, el acceso es admitido dentro de lo estrictamente indispensable”.

### 5. *El ejercicio del derecho acceso en Italia*

El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso cuenta con una ordenación muy precisa en el Reglamento gubernativo 352-92, y, en términos generales, acertada sobre los diferentes aspectos del acto de autorización del acceso y su ejecución. En cuanto a las modalidades de ejercicio del derecho de acceso, la Ley 1990-241 —artículo 25.1— establece —de modo similar al modelo francés— que el derecho de acceso se ejercerá mediante el examen y obtención de copia de los documentos administrativos, siendo el examen de los documentos gratuito, mientras que la obtención de copias está condicionada al reembolso del costo de reproducción, si bien no se admite expresamente la comunicación mediante soportes informáticos y, menos aún, mediante conexión telemática. Asimismo, aun cuando la norma no contempla expresamente la técnica de la comunicación parcial del documento, ésta ha sido admitida por la jurisprudencia. Por último, a semejanza del derecho francés tras la reforma del 2000, la práctica ha decantado el criterio conforme al cual la publicación íntegra del documento permite considerar ya realizado el derecho de acceso, salvo el deber de la expedir copia del mismo cuando la modalidad de publicación no permita extraer copia de los documentos.

Finalmente, y de nuevo a diferencia del modelo franco, en el sistema italiano se ha considerado ilegal una disposición reglamentaria que prohibía la utilización con fines comerciales de las informaciones obtenidas mediante el derecho de acceso, afirmándose que el hecho de que Ley exija —como nos consta— que el derecho de acceso se ejercite para la tutela de situaciones jurídicas relevantes, no permite controlar el uso que el interesado quiera dar a los documentos, el cual debe entenderse adquirido con plena disponibilidad por el solicitante y, por tanto, utilizable también para fines comerciales, siempre que no vulnere el ordenamiento —por ejemplo, los derechos de autor—. <sup>42</sup>

### 6. *Las garantías del derecho de acceso en Italia*

A diferencia del modelo galo, en el sistema italiano no existe una vía administrativa de recurso previa a la jurisdiccional, de modo que la tutela

<sup>42</sup> CADA, Direttiva de 3 de junio de 1999, núm. 5840, Regolamenti di Attuazione dell'Artículo 24, comma 4, della Legge 27, agosto 1990, núm. 241.

del derecho de acceso reside inmediatamente en sede jurisdiccional. Ciertamente, la Ley 241-1990 —artículo 27— creó una Comisión para el Acceso a los Documentos Administrativos, evidentemente inspirada en el modelo francés, con la función de vigilar la aplicación del principio de plena publicidad de la actividad de la administración pública. Ahora bien, el diseño, composición y funciones de esta CADA son bien diversos a los de su homónima gala. En efecto, la comisión italiana presenta una mayor dependencia del gobierno, con una importante presencia de cargos políticos en su composición, empezando por el propio presidente del órgano.<sup>43</sup>

Pero, sobre todo, las funciones de la CADA italiana son sustancialmente más limitadas que las de la comisión francesa. En efecto, las competencias de la CADA italiana se centran fundamentalmente en el asesoramiento a las administraciones públicas, mediante el dictamen de las normas de desarrollo de la Ley 241/1990, y, en particular, de los reglamentos relativos a las categorías de documentos excluidos que deben aprobar las distintas administraciones, así como se prevé (artículo 10.1 del Reglamento 352/1992) que la Comisión, “cuando sea requerida”, emitirá un dictamen sobre cualquier acto relativo a la organización y al ejercicio del derecho de acceso, dictamen que puede ser requerido tanto por las administraciones —lo más común— como por los particulares.<sup>44</sup> De este modo, la función capital en los sistemas de acceso de definición de un acervo de criterios y directrices es de alcance significativamente más limitado al de la CADA francesa (y portuguesa, tal como se verá seguidamente).<sup>45</sup>

Ahora bien, es precisamente en este punto donde el Proyecto de Ley 1281 va a introducir una reforma revolucionaria. En efecto, se prevé que el interesado al cual se la haya denegado o diferido el acceso, ya sea ex-

43 La mayoría de los miembros (ocho más el presidente) son de extracción política, cuando se trata de un órgano llamado a desarrollar fundamentalmente juicios técnicos. Asimismo, destaca la ausencia de conexión con el campo de los archivos, como si se tratase de mundos separados. Por último, puede observarse que la composición es más amplia que la de la CADA francesa, a pesar de sus funciones más reducidas —como se verá—.

44 Si el dictamen es solicitado por la administración —lo más frecuente—, aunque no sea jurídicamente vinculante, deberá tenerlo presente; pero si el dictamen es solicitado por un particular, carecerá de relevancia frente a la administración, pues la CADA tiene declarado que carece de poder para ordenar la exhibición del documento (*parere* 15.5.2003, Guardia di Finanza).

45 Así, el número de dictámenes emitidos cada año no es comparable con los de las comisiones francesa y portuguesa. Por su parte, la CADA italiana viene reclamando la atribución de poderes más incisivos: de inspección, sancionadores y *sustitutorios* (esto es, de actuación por subrogación del sujeto obligado). CADA, *Relazione per l'Anno 2000 sulla Trasparenza dell'Attività della Pubblica Amministrazione*”.

presa o tácitamente, podrá optar entre presentar el recurso ante la jurisdicción administrativa, o bien acudir a una vía de recuso extra-jurisdiccional. De este modo, esta vía precontenciosa, a diferencia del sistema francés (y portugués), no tiene carácter preceptivo, sino potestativo para el ciudadano. Además, dada la extensión en el ordenamiento italiano de la figura del Defensor Cívico incluso en el ámbito local, la Ley atribuye a estos órganos la competencia en el caso de actos de las administraciones locales (municipales y provinciales) y regionales.<sup>46</sup> En cambio, en el caso de la administración estatal, la competencia se reside, con muy buen sentido, en la CADA. En todos los casos, el órgano debe pronunciarse en el plazo de 30 días, vencido el cual se entiende desestimada la reclamación. Asimismo, al igual que sucede en el derecho francés, aun cuando el Defensor Cívico o la CADA acojan la reclamación, la última palabra la tiene administración actuante. Ahora bien, el proyecto introduce una originalidad, en el sentido de que si la administración no dicta una resolución confirmatoria motivada dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la comunicación del Defensor Cívico o de la CADA, el acceso es aprobado.

Por lo demás, la Ley 241-1990 tuvo el acierto de configurar un proceso especial abreviado para resolver los contenciosos sobre el acceso a los documentos administrativos, en el cual el Tribunal debe resolver en el plazo de treinta días, y si bien la práctica procesal no siempre se ajusta a la celeridad exigida por la Ley, puede observarse una cierta mejora en los últimos años.<sup>47</sup>

### *7. Evaluación de la efectividad del sistema italiano*

El dispositivo italiano de transparencia presenta varios aspectos negativos, ya señalados. En primer lugar, el complejo mecanismo de reenvíos en “cascada” previsto en la Ley, aún en buena parte por cumplir, supone una innegable deslegalización y complejidad, concediendo a las normas reglamentarias una posición central, impropia de un sistema de transpa-

<sup>46</sup> Además, de un modo ingenioso, con economía de medios, se prevé que si en el respectivo ámbito territorial no se ha constituido la figura del Defensor Cívico, la competencia se atribuye al Defensor Cívico competente para el ámbito territorial inmediatamente superior.

<sup>47</sup> Asimismo, mediante Ley de 21 de julio de 2000, núm. 205, sobre disposiciones en materia de justicia administrativa, se prevé que el recurrente, en el proceso especial de la Ley 241-1990, pueda actuar en juicio personalmente, sin la asistencia de letrado, lo cual permite abaratar sensiblemente los costes de este tipo de procesos, disposición que respeta el Proyecto de Ley 1281.

rencia gubernamental. En segundo lugar, la exigencia de una específica legitimación para el ejercicio del derecho separa este modelo del resto de los ordenamientos, desempeñando una innegable función reductora del sistema de transparencia italiano, pues aun cuando posibilita el acceso cuando el solicitante acredita un interés propio y diferenciado, cierra las puertas a la transparencia de las informaciones de interés común. Y, en tercer lugar, debe señalarse la ausencia de un mecanismo de garantía no jurisdiccional, unida al bajo perfil otorgado a la CADA italiana.

Con todo, las observaciones precedentes deben matizarse. De un lado, si bien es cierto que la exigencia de una específica legitimación supone una barrera inicial a la extensión del derecho de acceso que lo separa de otros modelos —como el galo—, debe reconocerse, no obstante, que si el ciudadano supera dicho presupuesto el sistema consiente un acceso más penetrante, al tener presente la tutela de los intereses frente a las exigencias de privacidad. Es decir, en cierto modo, lo que pierde en extensión el acceso lo gana en penetración. Además, debe destacarse la integración en la noción de documento administrativo accesible de los producidos en ejercicio de actividades sometidas a derecho privado.

De otro lado, no puede dejar de señalarse que la Comisión italiana, a pesar de sus limitadas competencias, está realizando una labor meritoria en materia de *indirizzo* de la actuación de las administraciones públicas en la materia y de divulgación del derecho de acceso, a partir de las “directrices” generales dirigidas a las administraciones públicas y de las “máximas” contenidas en sus dictámenes. Y es previsible que la inminente reforma de la Ley, de la que saldrá reforzada la CADA, dará un nuevo impulso al dispositivo italiano de transparencia.

#### IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN PÚBLICA EN PORTUGAL

##### 1. *La implantación legal del derecho de acceso en Portugal*

La revisión de la Constitución portuguesa efectuada en 1989 proclamó el llamado principio de *Administración abierta*, conforme al cual los ciudadanos tienen el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley en materias relativas a la seguridad interna y externa, a la investigación criminal y a la intimidad de las personas —artículo 268.2—. Se trata, como puede verse, de un pre-

cepto inspirado en el artículo 105.b) de la Constitución española de 1978, pero con una diferencia trascendental: en el ordenamiento portugués se considera el derecho de acceso a la información no procedimental como un derecho fundamental de los ciudadanos, por lo que, en los términos del artículo 18 de la Constitución, es un derecho de aplicación directa que vincula a las entidades públicas, y sólo puede ser restringido en los casos expresamente previstos por la Constitución, debiendo dichas restricciones limitarse a los indispensable para salvaguardar otros intereses y derechos constitucionalmente protegidos.

Después de largos e intensos debates, y, en contraposición a la dualidad de textos legales seguida en Italia (y España), la Asamblea de la República portuguesa aprobó la Ley núm. 65/1993, de 26 de agosto, de Acceso a los Documentos de la Administración, la cual cumple la doble finalidad de desarrollar el derecho proclamado en la Constitución, y de servir de norma de transposición de la Directiva comunitaria —artículo 2.1—. <sup>48</sup>

## *2. Los sujetos activos y pasivos del derecho de acceso en Portugal*

Aun cuando la Constitución portuguesa refiere el derecho a los “ciudadanos”, la Ley 65/1993 —artículo 7.1—, con buen sentido, declara titulares del derecho a “todos”, incluyendo tanto a las personas singulares como a las colectivas. Además, del término “todos” se deduce que el derecho es independiente de la existencia de un interés directo, pues asiste a cualquier persona, con independencia de que sea o no parte interesada en un procedimiento administrativo y, por tanto, sin necesidad de motivar o justificar su solicitud o de explicar para qué pretende la información.

Ahora bien, la Ley 65/1993 deja claro que el acceso a los expedientes administrativos específicamente por parte de aquellos que tengan la condición de interesados en los mismos, tiene su ordenación propia en la legislación sobre procedimiento administrativo. Asimismo, debe significarse que este derecho informativo tiene un expreso fundamento en la Constitución portuguesa, tras la reforma de 1982, según la cual los ciudadanos tienen derecho a ser informados por la administración, siempre que lo requieran, sobre el estado de los procedimientos en estén directamente

<sup>48</sup> La Ley 65/1993 fue modificada parcialmente por las Leyes núm. 8/1995, de 29 de marzo, y 94/1999, de 16 de julio, y completada por el Decreto-Ley núm. 134/1994, de 20 de mayo.

interesados, así como a conocer las resoluciones definitivas que sobre los mismos sean adoptadas —artículo 268.1—. De este modo, en derecho portugués, la información administrativa se divide dos tipos: la llamada información procedimental y la información no procedimental —artículo 268.1 de la Constitución—.

El acceso a la información no procedimental —una vez concluido el procedimiento—, es reconocido a todos los ciudadanos, con los límites legales y en el marco de su objeto institucional que no es otro que el control de los actos de la administración pública, y ello aunque sea usado para otros objetivos, pues los administrados actúan como “garantía funcional” para la defensa del Estado de derecho democrático. Así se ha declarado que los documentos no nominativos tienen utilidad para quien los quiera conocer, y es el propio interesado —y sólo él— quien juzga ese interés, sin que la administración pueda conocer ni valorar las intenciones del solicitante. De este modo, y a diferencia del modelo italiano, no sólo basta el interés en apreciar la regularidad de la actuación administrativa, sino que se añade que a la propia administración pública le interesa que sus actos sean reconocidamente legales, sin sombra de sospecha.<sup>49</sup>

En relación con los sujetos pasivos, la Ley 65/1993 —artículo 3.1— se aplica a los documentos que tiene origen o sean detentados por órganos del Estado y de las regiones autónomas que ejerzan funciones administrativas, órganos de institutos públicos y de asociaciones públicas y órganos de las autonomías locales, sus asociaciones y federaciones y otras entidades en ejercicio de poderes de autoridad. De este modo, están sujetas a la Ley, tanto las entidades públicas, incluidas aquéllas que actúen sometidas al derecho privado, como las entidades privadas, tales como los concesionarios, en la medida en que colaboren en la función administrativa, emitiendo actos o reglamentos administrativos.<sup>50</sup>

### *3. El documento administrativo como objeto del derecho de acceso*

Aun cuando la Constitución portuguesa, siguiendo —como se ha señalado— la pauta de la española, refiere el derecho de acceso a los “archivos y registros administrativos”, con mayor acierto la Ley 65/1993 centra el objeto del derecho en la noción de documento administrativo, que defi-

49 CADA, 02/2002, ministro das Finanças.

50 CADA, 164/2001, 34/2002, Resioeste- Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A.

ne de un modo amplio como cualesquiera soportes de información gráficos, sonoros, visuales, informáticos o registros de otra naturaleza, elaborados o detentados por la administración pública. De este modo, y tal como se ha venido finalmente a reconocer en Francia tras la reforma del 2000, la Ley portuguesa deja claro que la administración debe comunicar no sólo los documentos que genera, sino también los que posee, aun cuando hayan sido producidos por otra entidad.<sup>51</sup>

#### 4. *Los límites del derecho de acceso en Portugal*

En relación con los llamados documentos preparatorios de una decisión o documentos referentes a procedimientos en curso de tramitación, la Ley 65/1993 —artículo 7.4— dispone que el acceso será diferido hasta que haya sido toma de decisión, archivado el procedimiento o haya transcurrido un año desde la elaboración del documento, salvo naturalmente que sea de aplicación el Código de Procedimiento Administrativo. De nuevo, la Ley toma parcialmente soluciones de otros ordenamientos, como el francés o el español —que exige la terminación del procedimiento—, si bien añade una cláusula de certidumbre jurídica de un año máximo, y, sobre todo, trata esta cuestión no ya en sede de noción de documento administrativo, sino de los límites para el ejercicio del derecho.

Pero, además, debe señalarse que el acceso a la llamada información procedimental, conforme al Código de Procedimiento Administrativo (CPA), es aparentemente más amplio al esquema previsto en el ordenamiento español.<sup>52</sup> En efecto, el CPA —artículos 61 a 63— confiere un amplio derecho de acceso a las personas directamente interesadas en el procedimiento; pero, además, el CPA —artículo 64— reconoce a terceros, es decir, personas que no son partes o interesados directos en un concreto procedimiento administrativo, el derecho a acceder a la información en él contenida, siempre que demuestren ser titulares de un interés legítimo para el conocimiento de los elementos pretendidos. Y ambos tipos de sujetos, personas directamente interesadas y titulares de un interés legítimo, pueden acceder al expediente en cualquier momento del procedimiento.<sup>53</sup>

51 CADA, *parecer* 05/2002, Junta de Freguesia de Santa Iria de Azoia.

52 En realidad, la diferencia entre el ordenamiento portugués y el español no es tan nítida, si se tiene presente el concepto amplio de interés legítimo para adquirir la condición de interesado en un procedimiento administrativo que rige en el derecho español.

53 CADA, 22/2002, Escola Secundária do Porto; 28/2002, Regio Autónoma da Madeira.

Pero, sobre todo, la Ley 65/1993 sigue la estructura del derecho francés anterior a la reforma del 2000, la cual hacía pivotar el acceso sobre noción de documento nominativo. En efecto, la Ley 65/1993 —artículo 7.1— reconoce el derecho, en principio incondicionado, generalizado y libre de todos al acceso a los documentos “no nominativos”, sin necesidad de justificar la finalidad, al tiempo que reserva el acceso a los documentos “nominativos” a los titulares de los datos —artículo 8.1—, los cuales, desde luego, pueden autorizar por escrito el acceso a un tercero. Asimismo, la noción de documento nominativo es claramente tributaria del derecho francés, al entenderse por tal todo documento que contenga informaciones sobre una persona, identificada o identificable, que constituyan apreciaciones, juicios de valor (perjudiciales para su imagen, consideración o dignidad) o que atañen a la intimidad de la vida privada (como datos referentes a la salud, las convicciones políticas, religiosas o ideológicas). Así, el razonamiento que suele seguir la CADA, claramente inspirado en el modelo galo, consiste en identificar primero si el documento solicitado es un documento administrativo y, en este caso, clasificarlo como documento nominativo o no. Y en esta tarea debe reconocerse que la doctrina de la CADA se caracteriza por una estricta interpretación de la noción de documento nominativo.<sup>54</sup>

Ahora bien, en el caso de tratamiento automatizado de datos personales, hay que tener presente las disposiciones de la Ley 67/1998, de 26 de octubre, según la cual el gestor de los ficheros, tanto público como privado, no puede ceder o comunicar los datos sin previa autorización de la Comisión Nacional de Protección de Datos. Esta confluencia parcial de leyes y órganos de garantía con finalidades no ya diversas, sino frontalmente opuestas, está determinando problemas de integración entre ambas instituciones.<sup>55</sup>

54 Así la CADA ha reputado como documentos no nominativos los *currícula* profesionales de los miembros de los órganos de dirección de una empresa adjudicataria de un procedimiento de privatización (*parecer* 2/2002, *ministro das Finanças*); o bien considera que los *currícula* científicos y pedagógico de determinados profesores de un centro público de enseñanza (solicitados por un padre de un alumno) no son documentos nominativos, pues únicamente contienen una síntesis de hechos, desprovista de valoraciones (CADA *parecer* 10/2002, Escola Secundária Sebastio e Silva).

55 En este sentido, es expresivo el asunto del *parecer* núm. 1/2002, *Serviços Municipalizados de Água e Saneamento da Câmara Municipal de Tomar*. Una Ayuntamiento solicitó a los Servicios Municipalizados de Agua de otro municipio los datos de consumo de un particular, con objeto de entablar una posible demanda. La mayoría de la CADA se limitó a juzgar que el documento solicitado era administrativo y no nominativo, dictaminando favorablemente la comunicación del mismo. En cambio, en voto particular, se puso de manifiesto que al tratarse de datos personales automatizados, la comunicación del documento podía constituir infracción de la Ley 67/98.

En todo caso, incorporando ahora aparentemente el criterio del legislador español —artículo 37.3 Ley 30/1992—, la Ley 65/1993 —artículo 8.2— admite el acceso a los documentos nominativos por parte de terceros que demuestren un interés directo, personal y legítimo, para lo cual se requiere —como se verá— el informe favorable de la CADA. Se trata, pues, de una originalidad en relación con el modelo franco, pues en este caso el dictamen es vinculante. Y este precepto está permitiendo un juego similar al de la tutela y defensa de los intereses propios en el derecho italiano. Asimismo, la CADA, una vez más, viene concediendo una interpretación amplia a esta cláusula legal, admitiendo como interés directo, personal y legítimo, el interés de carácter científico de una investigación,<sup>56</sup> o el interés de los familiares próximos de una persona fallecida para el acceso a los datos clínicos de ésta, en situaciones en las que existan fundadas dudas sobre la calidad de los cuidados médicos prestados.<sup>57</sup>

Además, debe tenerse presente que, de acuerdo con la legislación de archivos, la interdicción del acceso a los datos personales de tercero caduca a los 50 años del fallecimiento del titular, y si la fecha es desconocida, a los 75 años de la elaboración del documento —artículo 17 Decreto-Ley 16/93—. Antes del vencimiento de estos plazos, el acceso a los documentos administrativos, aunque estén depositados en archivos históricos, se rige por la Ley 65/1993, pues ésta tuvo la precaución de establecer —artículo 7.3—, anticipándose a la reforma del 2000 de la Ley francesa, que el depósito de los documentos administrativos en archivos no perjudica el ejercicio, durante todo el tiempo, del derecho de acceso a los referidos documentos.

Finalmente, la Ley 65/1993 —artículo 7.6— ordena la comunicación parcial siempre que sea posible expurgar la información relativa a la materia reservada y con objeto de proteger el principio de competencia. Esta consagración expresa de la técnica de la comunicación parcial, no contenida expresamente en la legislación francesa ni en la italiana pero consagrada por la jurisprudencia, se debe sin duda a la transposición de la Directiva comunitaria 90/313, y, en cualquier caso, la CADA realiza un uso abundante de la misma.<sup>58</sup>

56 CADA, 17/2002, Faculdade de Arquitectura da Universidade Técnica de Lisboa.

57 CADA, 97/2000; 24/2002, Hospital do Santo Espírito de Angra; CADA, 25/2002, Instituto Nacional de Emergência Médica.

58 Así, la CADA (*pareceres* 7/2002, 22/2002, 32/2002, 2/2003, 23/2003, 35/2003, entre otros muchos) tiene declarado que las actas de las sesiones de los órganos colegiados no son, en principio,

## 5. El ejercicio del derecho de acceso en Portugal

En este ámbito destacan dos previsiones: de un parte, la Ley —artículo 7.2— establece que el derecho de acceso a los documentos administrativos comprende no sólo el derecho a obtener su reproducción, sino también el derecho a ser informado sobre su existencia y contenido; y, de otro lado, la Ley 65/1993 —artículo 14— ordena que en cada departamento ministerial, secretaría regional, entidad local, instituto o asociación pública, exista un responsable del cumplimiento de la Ley. Además, la Ley fija un plazo de resolución de las solicitudes de 10 días, que se sitúa muy por debajo del plazo mensual de los modelos francés e italiano, y que parece inspirarse en el sistema norteamericano.

En cuanto a las modalidades de acceso a los documentos, la Ley 65/1993 —artículo 12.1— contempla junto a las dos modalidades tradicionales de acceso a los documentos —la consulta *in situ* del documento y la reproducción por fotocopia—, la expedición de certificado. De este modo, la Ley portuguesa se separa en este punto de los modelos francés e italiano, optando por un criterio similar al del ordenamiento español (artículo 37.8 Ley 30/1992). Pero, en todo caso, la CADA tiene declarado que la elección de una u otra de modalidad de acceso no es una facultad de la administración, sino del interesado, salvo que peligre la integridad del propio documento.<sup>59</sup> Asimismo, en relación con los costes, la Ley 65/1993 —artículo 12.2— sigue los criterios dominantes en Europa, según los cuales la consulta directa es gratuita, mientras que la reproducción del documento está sujeta al pago de los costes de los materiales usados o del servicio prestado, mediante tasas fijadas por la Presidencia del Consejo de Ministros.<sup>60</sup>

De otro lado, y de nuevo inspirada en el modelo francés, la Ley 65/1993 —artículo 10.2— prohíbe la utilización de las informaciones obtenidas con vulneración de los derechos de autor y de los derechos de

documentos nominativos, incluso cuando expresa posiciones u opiniones personales, y, en todo caso, si un acta contiene datos personales de terceros, el acceso debe ser facultado siempre que sea viable la ocultación de los mismos, pero no cabe un rechazo absoluto de la solicitud.

<sup>59</sup> CADA, 8/2002, Inspecção-Geral da Administração do Território; 33/2002, Instituto Nacional de Intervenção e Garantia Agrícola.

<sup>60</sup> Así, por Decreto-Ley del Consejo de Ministros núm. 134/94, de 20 de junio, se estableció —artículo 3— que los importes de la reproducción de documentos, correspondientes al coste de los materiales utilizados y del servicio prestado, no podrán exceder el importe medio practicado en el mercado por un servicio equivalente.

propiedad industrial, así como la reproducción, difusión y utilización de documentos que puedan constituir prácticas de competencia desleal. Ahora bien, como quiera que la normativa admite la reproducción de una obra (en este caso de un documento que encaje en la noción de obra protegida), para uso exclusivamente privado, sin fines de comunicación pública o comercialización (Código de Derechos de Autor y Derechos Anexos —artículo 81—), esta cláusula legal no puede ser aplicada a título preventivo, como límite adicional al derecho de acceso, sino que en emplea, en la práctica, a título de recordatorio, tal como sucede también en el sistema francés.<sup>61</sup>

### 6. *Las garantías del derecho de acceso en Portugal*

En el caso de denegación expresa, o falta de decisión en el plazo o decisión limitadora del ejercicio del derecho, la Ley establece un sistema de “queja” ante la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA) sustancialmente idéntico al ordenado en el derecho francés, con la salvedad de los plazos que son más breves en la Ley portuguesa.<sup>62</sup> Para ello, la Ley 65/1993 creó la CADA, a imagen y semejanza de su homónima gala, la cual es definida como una “entidad pública” independiente, vinculada a la Asamblea de la República —artículo 18.2 Ley 65/1993—, y que tiene por fin velar por el cumplimiento de las disposiciones legales referentes al acceso a la información administrativa. No obstante, debe precisarse que la expresión “entidad pública” no comporta aquí la atribución de personalidad jurídica propia e independiente.<sup>63</sup> Pero, en todo caso, la vinculación directa de la CADA a la Asamblea, refuerza la independencia de la misma frente al gobierno.<sup>64</sup>

61 Por ejemplo CADA, 27/2002, Câmara Municipal de Porto.

62 En Francia, el plazo de presentación de la queja ante la CADA es de dos meses, por los 20 días fijados en Portugal; el plazo para que la CADA emita su dictamen sí es prácticamente el mismo (un mes en Francia, 30 días en Portugal); y el plazo para que la administración resuelva definitivamente es en Francia de dos meses desde la presentación de la reclamación a la CADA, y en Portugal de 15 días desde la recepción del dictamen de la CADA por la administración.

63 Castro Martins, A. de, “Acesso dos documentos administrativos: princípios doutrinários”; la CADA portuguesa cuenta con un completo sitio en Internet (<http://www.cada.pt/>).

64 La composición es también muy similar a la de la Comisión francesa, si bien destaca que el profesor de derecho es designado, no por el gobierno, sino por el Parlamento, acentuando la vinculación de la Comisión al órgano legislativo. También destaca la preocupación por contar con una representación de las entidades territoriales. Además, es un acierto la integración de un vocal de la Comisión Nacional de Protección de Datos, con la cual la CADA está llamada a coordinarse cada vez más. No obstante, se echa en falta la integración de la CADA con el sistema archivístico.

En cuanto a sus funciones, corresponde a la CADA —tal como ha quedado indicado—, apreciar las quejas que sean dirigidas por los interesados al amparo de la Ley 65/1993, además de emitir su dictamen cuando sea requerido para ello por una administración, así como vigilar el cumplimiento por parte de las administraciones del deber de publicar los documentos más arriba indicados, y, en general, contribuir a la divulgación del derecho de acceso.<sup>65</sup>

### 7. Evaluación de la efectividad del sistema

Del sistema portugués merece destacarse la consagración expresa del derecho de acceso en la Constitución como un derecho fundamental, anticipándose a las tendencias del derecho de la Unión Europea. Asimismo, la ordenación legal del derecho, muy deudora del modelo francés (noción de documentos nominativos, configuración y funciones de la CADA), es, en líneas generales, muy correcta.

Pero, sobre todo, debe subrayarse que, al igual que su homónima francesa, la CADA portuguesa está desempeñando un papel capital en la labor de uniformización de la doctrina sobre el acceso a los documentos administrativos y de orientación de la administración pública en la aplicación de la Ley 65/1993 a las situaciones más difíciles, y el número de consultas no ha dejado de incrementarse cada año.<sup>66</sup> Además, aun cuando el dictamen de la CADA no vincula jurídicamente a la administración, son raros los casos en los que la administración se separa del mismo.

Más aún, debe enfatizarse la orientación explícita en la interpretación de la CADA del derecho de acceso y del principio de administración abierta como una institución con un doble perfil, participativo y garantista, en el sentido de que constituye, al mismo tiempo, una vía para posibilitar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y un medio para crear las condiciones de fiscalización de la actividad administrativa. Esta conceptualización se traduce en una práctica ampliamente generosa del prin-

65 Además, la Ley —artículo 20.1— asigna a la CADA una función de arbitraje entre organismos públicos, cuando se susciten dudas sobre la comunicación de documentos nominativos entre distintas administraciones. Así, por ejemplo, CADA, *parecer* 14/2002, Instituto Nacional de Emergência Médica.

66 Desde el inicio de sus funciones a fines de 1994, el número de asuntos tratados no ha dejado de incrementarse cada año, pasando de 72 asuntos en 1995 a 514 en el 2001, incrementándose no sólo los recursos formulados en queja por los interesados, sino también las consultas efectuadas de *motu proprio* por la administración.

cipio de transparencia, que está permitiendo la accesibilidad de múltiples informaciones de interés público. De hecho, son muy escasos los dictámenes de la CADA desfavorables al acceso, pues, en el peor de los casos, impone el acceso parcial.

## V. EL ACCESO A LA DOCUMENTACION PÚBLICA EN ESPAÑA

### 1. *La implantación legal del derecho de acceso en España*

La Constitución española de 1978, a diferencia de las Constituciones francesa e italiana (varias décadas anteriores), presenta la peculiaridad de contemplar de un modo explícito el acceso a los archivos y registros administrativos —artículo 105.b—, encomendando expresamente al legislador su regulación. Ahora bien, la mención expresa del derecho de acceso en la carta magna, en lugar de constituir una ventaja, parece haberse convertido en un inconveniente, pues debido a la circunstancia de que el artículo en cuestión no se encuentra ubicado en el título primero del texto constitucional (parte dogmática, relativa a los derechos fundamentales), sino en el título IV (parte orgánica, referente al gobierno y a la administración), ha llevado a la jurisprudencia a considerar que este derecho carece de la naturaleza jurídica de derecho fundamental. Evidentemente no puede negarse que se trata de un derecho constitucional, pero sería un derecho de “configuración legal”, y, por tanto, el legislador no estaría obligado respetar un contenido esencial y no cabe acudir en vía de amparo para obtener su tutela jurisdiccional.<sup>67</sup>

Tras catorce largos años de incumplimiento del mandato constitucional, el legislador español optó por incluir el derecho de acceso en la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre de 1992. Este simple hecho permite ya afirmar que en España no existe propiamente una Ley de Acceso a la Información, puesto que lo único que llevó a cabo el legislador fue introducir un artículo (el 37), en la extensa Ley 30/1992 (146 artículos). Y, en cualquier caso, la regulación del derecho de acceso a los documentos administrativos contenida en el artículo 37 de la Ley 30/1992 ha sido ampliamente censurada, tanto en su forma

67 SSS 30.1.1989 (RJ 1989\405); 30.3.1999 (RJ 1999\3246).

como en su contenido. De hecho, a la vista de las abundantes limitaciones y deficiencias texto legal, se ha cuestionado legítimamente si la finalidad del mismo consiste en garantizar la publicidad de la actuación administrativa o si, por el contrario, dado que no podía eludirse por más tiempo el cumplimiento del mandato constitucional, lo que se ha procurado es rodear el derecho de obstáculos infranqueables en la práctica. En definitiva, diríase que el legislador se limitó a cumplir —tarde y mal— un mandato constitucional que no admitía mayor dilación, pero lo ha hecho desprovisto de la convicción y voluntad necesarias para dotar de eficacia al dispositivo legal.<sup>68</sup>

## *2. Los sujetos activos y pasivos del derecho de acceso*

Debido a la integración del derecho de acceso en la Ley de Procedimiento Administrativo, es preciso realizar una interpretación sistemática, para evitar que una interpretación literalista del texto constitucional y de Ley circunscriba el derecho de acceso a los ciudadanos en sentido estricto. Y esta interpretación ha sido ya avalada por alguna resolución judicial.<sup>69</sup> De otro lado, debe señalarse que la Ley española —a diferencia del modelo italiano— no requiere que el solicitante tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente relevantes, es decir, que acredite una especí-

<sup>68</sup> Buena prueba del carácter marcadamente restrictivo de la regulación contenida en el artículo 37 LPAC, fue el hecho de que tal regulación no pudo superar la prueba de la transposición al derecho español de la Directiva 90/313/CEE, sobre libertad de acceso a la información ambiental. En efecto, en un primer momento, el gobierno español alegó que la incorporación de la mencionada Directiva había tenido lugar mediante el régimen general de acceso a los documentos administrativos establecido en la Ley 30/1992, pues la adaptación del derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal expresa y específica. Sin embargo, la Comisión Europea estimó, por el contrario, que la regulación general de la LPAC no contenía una adecuada transposición de la Directiva, pues presentaba importantes discrepancias con la misma, por lo que abrió un procedimiento de infracción contra el Estado español por la falta de transposición de la Directiva 313/1990/CEE. El legislador español pudo entonces optar por aprovechar la ocasión para extender el régimen más favorable de acceso de la Directiva europea a toda la actividad administrativa —tal como ha hecho Portugal—, mediante la aprobación de una Ley General de Acceso a la Información. Sin embargo, en una nueva muestra de nula voluntad aperturista, se limitó a promulgar la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el Derecho de Acceso a la Información en Materia de Medio Ambiente, que prácticamente se limita a reproducir textualmente los preceptos de la Directiva comunitaria. Frente a ello cabe preguntarse qué razón existe para entender que las restricciones e insuficiencias que no son válidas en materia de medio ambiente sí lo son en otros ámbitos, como en materia de seguridad de los consumidores, sanidad o urbanismo.

<sup>69</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 10.2.1999, que reconoce el derecho de investigador extranjero a acceder a determinados documentos del archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores.

fica legitimación o una posición subjetiva cualificada. Y este criterio ha sido ya respaldado por el propio Tribunal Supremo.<sup>70</sup>

En cuanto a los sujetos pasivos, debido de nuevo a la integración del derecho de acceso en la Ley Procedimiento Administrativo, la Ley española suscita problemas de interpretación, en el sentido de que parece limitar la sujeción de las administraciones especializadas al derecho acceso, no para todas sus actuaciones, sino exclusivamente para aquellas que constituyan el ejercicio de potestades administrativas, lo cual presenta un importante factor reductor, sobre todo a la vista de las crecientes tendencias a la privatización de las formas de actuación de la administración. Lamentablemente, no existe aún un criterio formado sobre esta cuestión.

### *3. El documento administrativo como objeto del derecho de acceso*

Junto al requisito de la existencia del documento, que constituye una exigencia dogmática ineludible del derecho de acceso, la Ley 30/1992 añade hasta tres requisitos adicionales —no presentes en el resto de los ordenamientos— consistentes en que los documentos formen parte de un expediente, que obren en los archivos administrativos y que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados, exigencias adicionales que han pasado tal cual a la Ley 1/1998 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes —artículo 18—. Dejando de lado los dos primeros condicionantes, absolutamente incomprensibles,<sup>71</sup> la Ley reserva el acce-

<sup>70</sup> Como señaló, acertadamente, la sentencia del Tribunal Supremo 30.3.1999: “El Abogado del Estado pretende, en síntesis, que condicionemos el reconocimiento del derecho a obtener el acceso al expediente a la real existencia de los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho de reversión sobre cuya procedencia el recurrente precisamente pretende informarse. Si accediéramos a esta pretensión estaríamos vinculando, del modo que hemos considerado incompatible con el principio constitucional de acceso a los registros públicos, la posibilidad de obtener la información útil para ponderar las posibilidades jurídicas de ejercicio de una pretensión al parecer administrativo sobre la efectiva titularidad del derecho o del interés legítimo hacia el conocimiento de cuyos presupuestos van dirigidas las averiguaciones. Con ello resultaría sacrificada la función instrumental de la información en aras del criterio de fondo de la Administración sobre el objeto a que la misma se refiere y, de este modo, al privar al interesado de los elementos para tomar por sí mismo su decisión y devenir así inútil el derecho de acceso a los archivos y registros públicos (suplantado por el parecer de la Administración sobre la posible utilidad de su resultado), se vulneraría su núcleo esencial, no dependiente de la configuración legal de su ejercicio”.

<sup>71</sup> En efecto, en relación con el primer requisito, la integración del documento en su correspondiente expediente constituye una obligación legal de la administración, de tal modo que deberá aplicarse la regla según la cual no es lícito beneficiarse de los errores propios. Ahora bien, en relación con el segundo requisito, difícilmente puede hablarse de un incumplimiento de un deber legal, pues el propio ordenamiento faculta a las unidades administrativas a conservar prácticamente por tiempo indefinido una parte sustancial de su documentación, sin pararla a los correspondientes archivos.

so durante la tramitación del procedimiento a las personas que tengan la condición de interesados en el mismo, de modo aproximado al modelo portugués, si bien parece operar de un modo más rígido.

#### 4. *Los límites del derecho de acceso en España*

La Ley española presenta, con carácter general, dos aspectos censurables de cara al principio de proporcionalidad. De un lado, parece imponer una “exclusión” en bloque del derecho de acceso a toda suerte de documentos que contengan información sobre las materias previstas por la Ley, cuando de la propia Constitución (“salvo en lo que afecte”) se infiere claramente que no basta que la información contenida en el documento se refiera a una de las materias tipificadas legalmente, sino que es necesario, además, que la comunicación del documento sea susceptible de causar un perjuicio efectivo a los intereses protegidos. De otro lado, la cláusula genérica de denegación del derecho de acceso “cuando prevalezcan razones de interés público” supone prácticamente atribuir a la administración una potestad discrecional, que es frontalmente contradictoria al carácter tasado que han de tener para la administración las excepciones al ejercicio del derecho de acceso como derecho constitucional.<sup>72</sup>

En cuanto a los límites derivados de la protección del derecho a la intimidad, en un desafortunado precepto que toma criterios y expresiones mal asimilados de diversos ordenamientos (la tutela de los intereses legítimos de terceros, “documentos nominativos”, “procedimientos de aplicación del derecho”), la Ley 30/1992 en lugar de permitir en ciertos casos el acceso por parte de terceros a documentos relacionados con la intimidad, viene a exigir una especial legitimación (la acreditación de un interés legítimo y directo) para acceder a documentos que, en realidad, no contienen datos que puedan afectar la intimidad de las personas. Y, en todo caso, se observa que, en la práctica, se está imponiendo por obra de la

72 A este respecto, debe observarse que frente a una cláusula idéntica contenida en la Ley de Protección de los Datos Personales de 1999, para excepcionar el derecho de acceso a los ficheros que contengan datos personales por parte de los interesados, el Tribunal Constitucional —STC 292/2000— la ha reputado anticonstitucional, por suponer una defraudación a la reserva de Ley, al constituir una cesión en blanco del poner normativo, carente de certeza y previsibilidad. No obstante, debe subrayarse que el derecho de acceso a los datos personales por parte de los afectados tiene un inequívoco rango de derecho fundamental —vinculado al derecho a la intimidad—, mientras que ese rango es negado comúnmente al derecho ciudadano de acceso a la información, razón por la que probablemente no sería trasladable esta solución a la Ley 30/1992.

Ley Orgánica 15/1999 de Protección de los Datos Personales una concepción amplísima de datos de carácter personal, capaz de vaciar de contenido el derecho de acceso.<sup>73</sup> Y esta concepción ultra protectora de vida privada está siendo impulsada y garantizada por específicas instituciones (la Agencia Estatal de Protección de Datos), sin que exista en el ordenamiento español otra autoridad que vele por el principio de transparencia y sirva de contrapeso a aquélla.

### *5. El ejercicio del derecho de acceso en España*

La Ley 30/1992, de un modo casi irritante, no presta apenas atención alguna a la regulación de este procedimiento, lo que obliga, entre otras cosas, acudir al plazo supletorio de la Ley de tres meses, que supone como mínimo triplicar el plazo fijado en los modelos comparados. Por lo demás, en cuanto a las modalidades de acceso, al igual que el modelo portugués, la Ley española presenta la peculiaridad de incluir la certificación del documento.

### *6. Las garantías del derecho de acceso en España*

La Ley 30/1992 no contiene la más mínima preocupación ni en el sentido de articular una auténtica garantía previa a la vía jurisdiccional —modelos francés y portugués— ni en el sentido de confiar la tutela del acceso de un modo inmediato a los tribunales —modelo italiano original—. De este modo, habrá que agotar, en su caso, la vía administrativa mediante la interposición del preceptivo recurso de alzada, que podrá desempeñar una —legítima— función de autocontrol interno de la administración sobre sus actos, pero que, en absoluto, puede considerarse, desde la perspectiva del ciudadano, como una verdadera garantía jurídica. Pero, además, dada la conceptualización dominante del derecho de acceso como un derecho no fundamental, tampoco es de aplicación a este derecho del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, que supondría una tramitación expedita —sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa de recurso— y de carácter sumario. De este modo, el ciudadano se ve compelido a acudir al lento y costoso recurso contencioso-administrativo ordinario.

73 Exponente de esta tendencia expansiva es la STS 31.10.2000 (R.J. 2000\9119).

## *7. Evaluación de la efectividad del sistema*

Es evidente que de una regulación compleja, insuficiente, defectuosa, confusa y restrictiva, no cabía esperar grandes resultados prácticos. Y esto es justamente lo que está sucediendo en España. En efecto, al cabo de más diez años de vigencia de la Ley 30/1992, apenas si existe jurisprudencia sobre esta cuestión, lo cual contrasta con el relativamente abundante uso por parte de los ciudadanos de las quejas al Defensor del Pueblo e instituciones autonómicas análogas de carácter gratuito.

Las causas de esta situación son, sin duda, complejas. Pero, desde el punto de vista estrictamente jurídico, las razones últimas se encuentran en las deficiencias e insuficiencias de la ordenación contenida en la Ley 30/1992. La parquedad de la Ley en no pocos aspectos de la ordenación del derecho, así como su oscuridad y dogmatismo en otros, ajena por completo a la formulación de reglas sencillas, han determinado que el dispositivo legal no sea comprensible por el ciudadano medio al que está destinado. En definitiva, el derecho de acceso sigue siendo un gran desconocido para el ciudadano medio, circunstancia ésta a la que no ayuda la desalentadora impresión que genera la lectura de la Ley, en el sentido de que la administración puede aparentemente denegar cualquier documento, así como la nula efectividad de la norma que obliga (es un decir) a publicar los documentos en poder de la administración.

Más aún, puede afirmarse, con cierta licencia, que en el ordenamiento español no existe, en sentido estricto, un “sistema” de transparencia administrativa, como dispositivo organizado para la aplicación del derecho de acceso. Existe sí, ciertamente, un precepto legal, pero ello es, a todas luces, insuficiente. Ante un derecho en extremo frágil como el derecho de acceso, que conoce mil y una maneras de ser vulnerado (empezando por la simple pasividad de la administración), la experiencia de los países analizados enseña que es capital el funcionamiento de una institución encargada específicamente de velar por la aplicación efectiva del derecho de acceso, función que en estos países desempeña la correspondiente Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos, con variantes más o menos destacadas. La existencia de una institución de este tipo, con esa u otra denominación, se ha revelado en la práctica no ya como un simple elemento más del sistema, sino como una pieza esencial del mismo.

## VI. PROSPECTIVA

La política de transparencia administrativa está ocupando, desde hace unos años, un lugar preeminente en las agendas de las instituciones europeas supranacionales. Así, el Consejo de Europa adoptó el 21 de febrero de 2002 la Recomendación del Comité de Ministros, Recomendación (2002)2, sobre acceso a los documentos públicos, que insta a los Estados miembros a adoptar medidas, en algunos casos, más progresivas que las previstas en las legislaciones nacionales estudiadas, en particular en los ordenamientos español e italiano.

Pero, sobre todo, por su mayor grado de vinculación jurídica, debe mencionarse el ámbito de la Unión Europea, donde el derecho de acceso a los documentos ha pasado, nada menos, que formar parte de la carta de los derechos fundamentales —artículo 42—, y desde la cual se han dictado recientemente dos disposiciones marcadamente progresivas: de un lado, el Reglamento (CE) núm. 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; y, de otro lado, la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, Relativa al Acceso del Público a la Información Medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE. Ambas disposiciones, en el primer caso de un modo indirecto y en el segundo directamente, están presionando a los Estados miembros de la Unión Europea para adoptar políticas más decididas en materia de transparencia gubernamental, por lo que es previsible que nuevas reformas se avencinen en este vertiginoso y apasionante tema.