

## Open Government: transparencia administrativa, derecho de acceso a la información pública, open data y reutilización de la información del sector público.

[BIB 2016\206](#)

**Silvia Subirana de la Cruz.**

Abogada

**Publicación:** Revista Aranzadi Doctrinal num.2/2016 parte Comentario

Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2016.

*El derecho de acceso a la información pública como garantía de **transparencia** de la acción de gobierno de los Estados es, en la actualidad, uno de las principales herramientas de control público y de lucha contra la corrupción, gestándose, así, una nueva forma de gobernar ya conocida como Open Government gracias a la implantación de nuevas políticas y formas de gestión pública como, por ejemplo, el Open Data y la implantación de mecanismos de reutilización de los datos públicos.*

### Introducción

El concepto de **transparencia** administrativa y, por ende, el derecho de acceso a la información pública, devienen conceptos de extrema actualidad jurídica para los profesionales vinculados al ámbito del Derecho Administrativo, así como para las empresas, organizaciones sin ánimo de lucro, partidos políticos e, incluso, lobbies, que para la práctica de su actividad deban relacionarse con las Administraciones Públicas.

La exigencia de un mayor control sobre la actividad política y la gestión de las instituciones públicas y de sus recursos ha generado una proliferación normativa sobre la materia y, con ella, un sinnúmero de obligaciones y, también, de derechos, tanto para las referidas instituciones productoras de la información pública, como para los particulares interesados en disponer de acceso a la misma, a ser posible, de la forma más ágil y económica posible, lo cual, habitualmente conlleva la obligación pública de garantizar la **transparencia** administrativa y facilitar el acceso a la información pública a través de los medios electrónicos.

El escenario descrito requiere, al entender de quien suscribe el presente artículo, una sucinta reflexión jurídica alrededor de dichos conceptos, derechos y obligaciones, presentes en el ordenamiento jurídico europeo desde hace más de medio siglo pero de reciente incorporación en los ordenamientos jurídicos estatales —entre ellos, el español—, así como sobre su implantación en las instituciones públicas en aras a la implantación del *Open Government* como una nueva forma de gobernar para garantizar los máximos niveles de **transparencia** administrativa y facilitar el acceso a la información pública a través de los *datos abiertos* y su reutilización.

### Evolución normativa del Ordenamiento jurídico europeo

Los antecedentes normativos europeos y, en particular, la normativa reguladora del acceso a la información devienen indispensables y de especial interés para comprender los orígenes de la actual regulación prevista en el Ordenamiento jurídico español, el cual ha asumido la corriente generalizada de la regulación del derecho de acceso y, especialmente, la dictada en el seno del Consejo de

Europa y demás Instituciones de la Unión Europea, así como la jurisprudencia dictada por los distintos Tribunales Europeos.

Los principales hitos legislativos comunitarios producidos en las últimas décadas son, especialmente, los siguientes:

### **El Convenio Europeo de Derechos Humanos**

El Convenio Europeo de Derecho Humanos (en adelante, «CEDH») no reconoce de forma expresa el derecho de acceso a la información pública, motivo por el cual en diversas ocasiones se ha planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH») si dicho derecho debe considerarse incluido, o no, en el [artículo 10](#) CEDH<sup>1</sup>, relativo a la libertad de expresión.

En el año 2004, el TEDH concluyó que del artículo 10 CEDH no podía abstraerse un derecho general de acceso a la información y a los documentos administrativos<sup>2</sup>, si bien consideró que la falta de proporción de información podía conllevar la vulneración del artículo 8 CEDH, en virtud del cual toda persona tiene derecho al respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia<sup>3</sup>.

Sin embargo, a partir del año 2006, el TEDH cambió de criterio jurisprudencial, considerando que el acceso a la información debía incluirse, *de facto*, en el ámbito objeto del derecho de acceso a la información pública previsto en el artículo 10 CEDH, siendo necesario efectuar un estudio de la proporcionalidad entre la injerencia en la libertad de información y la denegación del acceso a la misma<sup>4</sup>.

**El Convenio 205, del Consejo de Europa, sobre acceso a los documentos públicos** En fecha 18 de junio de 2009 fue abierta la firma del Convenio 205, del Consejo de Europa (en adelante, «Convenio 205»), el cual devino un estándar pionero a nivel europeo y vinculante para los Estados firmantes<sup>5</sup>.

En el preámbulo del Convenio 205 se hace especial referencia a la importancia de la **transparencia** de la actividad de las autoridades públicas y se manifiesta que el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos proporciona una fuente de información para el público titular del referido derecho<sup>6</sup>, el cual puede, a partir de los mismos, formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y de la autoridades públicas, fomentándose la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de las autoridades públicas.

Se entiende, pues, que todos los documentos en poder de las autoridades<sup>7</sup> son, en principio, públicos<sup>8</sup> y sólo pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos. Partiendo de esta idea, el Convenio 205 establece una regulación mínima, dejando un amplio margen a los Estados para su concreción.

Es importante indicar que el Convenio 205 admite limitaciones al derecho de acceso a la información establecidas por ley, siempre y cuando concurren los requisitos regulados en su artículo 10<sup>9</sup>, exista riesgo de afeción a los intereses legalmente previstos y, en cualquier caso, responda a criterios de necesidad y proporcionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, el Convenio 205 regula una serie de *principios generales* que deben ser objeto de desarrollo por los Estados, en virtud de los cuales impone que los Estados prevean dos tipos de *medidas complementarias*:

Medidas complementarias para informar al público de su derecho de acceso y de las modalidades de su ejercicio.

Medidas apropiadas para garantizar que los agentes públicos tengan la información necesaria para dar cumplimiento al derecho, proporcionar información sobre las materias o las actividades de su competencia, gestionar eficazmente sus documentos de forma que los haga fácilmente accesibles y seguir procedimientos claros y preestablecidos para la conservación y destrucción de sus documentos.

Asimismo, el Convenio 205 prevé medidas de *publicidad activa* para poner a disposición de las personas, por su propia iniciativa y cuando lo estimen conveniente, todos los documentos públicos en su poder con el propósito de promover la *transparencia* y la eficacia de la Administración y fomentar la participación informada del público en materias de interés general.

**El [Reglamento \(CE\) 1049/2001, de 30 de mayo \(LCEur 2001, 1766\)](#) , relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión**

El derecho de acceso a la información en poder de las Instituciones y Agencias comunitarias por parte de los ciudadanos no se encontraba originariamente contemplado en el Ordenamiento jurídico comunitario, por lo que la decisión de facilitar determinada información pertenecía discrecionalmente a cada Institución.

Tras los primeros trabajos realizados por el Consejo de Europa a los que se ha hecho referencia anteriormente, el Parlamento Europeo instó a las distintas Instituciones y Agencias comunitarias a definir e integrar en el Derecho Comunitario el derecho a la información como derecho fundamental de los ciudadanos europeos.

Fruto de dichos trabajos previos, el Ordenamiento jurídico europeo reguló, de forma más precisa, el derecho de acceso a la información y documentación en poder de las Instancias comunitarias.

La evolución enunciada se constata en los hitos jurídicos que se detallan a continuación:

[Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht, firmado en fecha 7 de febrero de 1992 \(RCL 1994, 81, 1659 y RCL 1997, 917 y RCL 1999, 2661\)](#) . Incluyó la Declaración número 17 sobre el derecho de acceso a la información<sup>10</sup> .

[Tratado de Ámsterdam, firmado en fecha 2 de octubre de 1997 \(RCL 1999, 1205, 2084\)](#) . Supuso el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información, consagrando el derecho de todo ciudadano o residente de la Unión a acceder a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, de acuerdo con los principios y límites que debía fijar el Consejo en el plazo de dos años desde su entrada en vigor en fecha 1 de mayo de 1999. Introdujo el artículo 255 en el [Tratado constitutivo de la Comunidad Europea \(LCEur 1986, 8\)](#)<sup>11</sup> y la Declaración número 41<sup>12</sup> .

Código de Buena Conducta Administrativa, aprobado por la Comisión Europea en fecha 13 de septiembre de 2000. Dicho Código fue trasladado a las normas positivas de cada una de las Instituciones Europeas (Consejo, Comisión, Parlamento y demás Organismos y Agencias Comunitarias).

[Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea \(LCEur 2000, 3480\)](#) (en adelante, «CDFUE»), proclamada en fecha 7 de diciembre de 2000. Consagró, en su artículo 42<sup>13</sup> , el derecho de acceso a los documentos como derecho fundamental vinculado a la ciudadanía.

En desarrollo del referido derecho fundamental, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron por codecisión el Reglamento (CE) 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en adelante, «R 1049/2001»), al cual se acompañó una Declaración conjunta de la misma fecha.

El R 1049/2001 parte de los principios de *transparencia*, apertura y proximidad, participación, democracia y respeto a los derechos fundamentales, así como del de facilitar al máximo el acceso<sup>14</sup> .

De conformidad con el artículo 3 del R 1049/2001, son objeto del derecho de acceso de información los documentos en sentido amplio, es decir, con independencia del soporte (en papel o almacenado en soporte electrónico, grabación sonora, visual o audiovisual), referente a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la Institución.

En atención a dicho principios, el derecho se configura con una gran amplitud, permitiéndose el acceso, incluso, a documentos preparatorios y de uso interno, regulándose la tramitación de las solicitudes mediante un procedimiento ágil —que obliga a ser resuelto en 15 días— y la posibilidad de formular un recurso contra esta decisión.

La titularidad del derecho de acceso recae en todos los ciudadanos de la Unión Europea, así como en toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro. El resto de personas no son titulares del derecho y, por lo tanto, las Instituciones no tienen el deber de permitir el acceso, sino la facultad de hacerlo con los límites y condiciones previstos en el artículo 4 del R 1049/2001<sup>15</sup>.

Adicionalmente, el R 1049/2001 diferencia hasta cinco categorías de *medidas complementarias*, siendo éstas las siguientes:

Información al público (artículo 14): cada Estado debe adoptar las medidas necesarias para informar al público de su derecho, con la cooperación de los Estados.

Comité interinstitucional integrado por representantes políticos de las tres Instituciones (artículo 15.2): su máxima vocación es la discusión de las cuestiones que plantea la aplicación del Reglamento, así como el examen de las solicitudes de acceso, así como de solucionar posibles conflictos.

Formación y responsabilidad de los empleados públicos en materia informativa basada en guías de obligaciones o códigos de conducta (artículo 15.1).

Informes anuales para poder llevar a cabo una correcta evaluación y seguimiento de la actuación administrativa (artículo 17).

Registros de documentos (artículo 2.4): los documentos deben ser accesibles al público previa solicitud por escrito, directamente en forma electrónica o a través de un registro, como medio para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de acceso.

Asimismo, el R 1049/2001 regula los principales instrumentos para facilitar y garantizar la *publicidad activa*, entre los que destacan:

Los registros públicos (artículo 2.4).

La publicación de documentos en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 13), y

El acceso a documentos relativos a procedimientos legislativos (artículo 12.2).

**El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Lisboa** El derecho de acceso a los documentos en poder de las Instituciones comunitarias se encuentra actualmente regulado en el [Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea \(RCL 2009, 2300\)](#) o [Tratado de Lisboa \(RCL 2009, 2299\)](#), el cual fue firmado en fecha 13 de diciembre de 2007 y entró en vigor en fecha 1 de diciembre de 2009<sup>16</sup>.

**Directivas europeas** En el derecho comunitario no existe una norma equivalente al R 1049/2001, aplicable a los Estados miembros, que tenga por objeto la armonización de las legislaciones internas en materia de acceso a la información. Sin embargo, es importante indicar que existen directivas que regulan el acceso a la información en poder de las Administraciones de los estados, con respecto a materias concretas, siendo destacables las siguientes:

[Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero \(LCEur 2003, 339\)](#), relativa al acceso del público a la información medioambiental: regula con el ejercicio de este derecho y establece las exclusiones y el procedimiento concreto de acceso.

[Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril \(LCEur 2004, 1844\)](#), sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales: determina que los ciudadanos pueden solicitar a la Administración pública la información de que disponga sobre los daños medioambientales y sobre las medidas de prevención, evitación o reparación de estos daños.

[Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre \(LCEur 2003, 4477\)](#), relativa a la reutilización de la información del sector público: pretende facilitar el acceso a la información generada por las instancias públicas, de gran interés para las empresas a la hora de operar en sus ámbitos de actuación, y contribuir al crecimiento económico y a la creación de ocupación.

[Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 \(LCEur 2014, 536\)](#) , sobre contratación pública y por la que se deroga la [Directiva 2004/18/CE \(LCEur 2004, 1837\)](#) , también contiene normas en materia de acceso a información y **transparencia**.

[Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre \(LCEur 2006, 3520\)](#) , relativa a los servicios en el mercado interior: reconoce el derecho a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos y a obtener información sobre las actividades de servicio.

**Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos** El Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, aprobado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008 y abierto a la adhesión de los Estados miembros desde el 18 de junio de 2009<sup>17</sup> , se inspira en las prácticas y experiencias comunes de una parte de los estados miembros del Consejo de Europa.

La firma de este convenio implica la sujeción vinculante a unos estándares mínimos<sup>18</sup> en la regulación del acceso a la información pública y se caracteriza por su doble vertiente:

Desde una perspectiva colectiva: es clave para garantizar la **transparencia** el buen gobierno de los entes públicos, fortalecer la confianza de los ciudadanos en las instituciones y favorecer la participación ciudadana.

Desde una perspectiva individual: el derecho de acceso es esencial para el desarrollo personal y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

Los aspectos más relevantes del contenido del Convenio son los siguientes:

Garantía del derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo y sin tener que acreditar ningún interés particular, a acceder a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas.

Garantía de que las solicitudes de acceso y el acceso a la documentación no tengan ningún coste, si bien puede repercutirse en la persona solicitante el coste que genera el servicio o la obtención de copias.

Posibilidad de establecer una lista limitada de excepciones, sujetas a criterios de interés público, siempre y cuando estos límites estén previstos por una ley, sean necesarios en una sociedad democrática y proporcionales a la finalidad de proteger otros derechos o intereses legítimos.

Deben aplicarse los principios de daño efectivo y de interés público preferente en el acceso, antes de denegar el acceso en base a la aplicación de alguna de las excepciones que enumera el [artículo 3.1](#) del Convenio. En el supuesto que pueda darse una de las referidas excepciones al acceso, la Administración debe valorar, caso por caso y partiendo del principio de que el acceso debe ser la regla, si el acceso provocaría un daño real al derecho o el interés protegido con la excepción y ponderar si se da un interés público superior en la difusión, en relación con la afectación del derecho o el interés protegido con la excepción.

La Administración debe responder de forma ágil y rápida a la solicitud de acceso a la información pública<sup>19</sup> .

La denegación de la petición debe ser motivada y debe garantizarse el derecho de las personas solicitantes a un procedimiento de recurso o revisión de esta decisión, previo al acceso a los tribunales de justicia o a una entidad independiente e imparcial.

<sup>1</sup> «1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary».

2 [Sentencia TEDH, de 28 de septiembre de 2004 \(TEDH 2004, 64\)](#) , caso *Loiseau*.

3 [Sentencias TEDH, de 26 de marzo de 1987 \(TEDH 1987, 4\)](#) , caso *Leander*.

4 Sentencias TEDH, de 10 de julio de 2006, caso *Sdruzeni Jihoceské Mahky*; 16 de agosto de 2009, caso *Kennedy*.

5 Hasta dicha fecha el documento más relevante en la materia era la Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial, la cual no tenía carácter vinculante.

6 La titularidad del derecho de acceso a la información recae en cualquier persona, tanto física como jurídica, el cual tiene que ser ejercido, sin discriminación alguna, incluido por el origen o el lugar de residencia, sin necesidad de acreditar interés alguno.

7 El Convenio 205 extiende su ámbito subjetivo a todas las autoridades administrativas, incluidos los Gobiernos, los Órganos legislativos y judiciales (en la medida que lleven a cabo funciones administrativas), y a las personas física o jurídicas privadas (en la medida que ejerzan autoridad administrativa). Asimismo, se prevé que los Estados miembros puedan ampliar el campo de aplicación del Convenio mediante una declaración en el momento de su firma, con el propósito de incorporar a los poderes legislativo y judicial (la mayoría de los Estados limitan la aplicación de las leyes relativas a acceso a la información al poder ejecutivo) o a las personas privadas físicas y jurídicas si ejercen funciones públicas o funcionan a través de fondos públicos.

8 En la Memoria del Convenio 205 se aclara que dentro del concepto de *documento público* se incluye cualquier tipo de información (textos escritos, informaciones registradas en soporte sonoro o audiovisual, fotografías, correos e información en soporte electrónico como bases de datos). Asimismo, se incide en la necesidad de distinguir entre los documentos recibidos por las autoridades públicas en el marco de sus funciones de los que reciben como personas privadas y no tienen relación con sus funciones (éstos no entran en el concepto de documento público). Se incluye, pues, la documentación en poder de las autoridades públicas, sea originada o recibida por éstas.

9 (i) La protección de la seguridad nacional, (ii) La defensa y las relaciones exteriores, (iii) La seguridad pública, (iv) La prevención, investigación y seguimiento de investigaciones criminales, (v) La instrucción de procedimientos disciplinarios, (vi) Las tareas de vigilancia, inspección y control administrativa, (vii) La vida privada y otros intereses privados legítimos, (viii) Los intereses comerciales y otros intereses económicos, privados o públicos, (ix) La política económica, monetaria y de tipos de cambio del Estado, (x) La igualdad de las partes ante los tribunales y el buen funcionamiento de la justicia, (xi) El medio ambiente, (xii) Las deliberaciones en el seno o entre autoridades públicas relativas a un expediente, y (xiii) Las comunicaciones con la Familia Real y la Casa Real.

10 La Declaración número 17 disponía que «*la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las Instituciones así como la confianza del público en la Administración*». Su contenido fue incorporado en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de dicho Tratado, en virtud de los cuales: «2. *Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil. 3. Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas*».

11 «1. *Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3. 2. El consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. 3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos*».

12 La Declaración número 41 sobre las disposiciones relativas a la **transparencia** , al acceso a los documentos y a la lucha contra el fraude disponía que: «*La Conferencia considera que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, cuando actúan a título del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, deberán inspirarse en las disposiciones en materia de transparencia, de acceso a los documentos y de lucha contra el fraude vigentes en el marco del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*».

13 «*Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión*». En la nota explicativa de dicho precepto se indica que «*el derecho garantizado en este artículo es el que garantiza el artículo 255 del Tratado CE*».

14 Según dispone su artículo 1, el mismo pretende «*establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho, y promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos*».

15 El artículo 4 del [RD 1049/2001 \(LCEur 2001, 1766\)](#) prevé tres tipologías de limitaciones: (i) excepciones sometidas al test del perjuicio, (ii) excepciones imperativas sometidas al test del perjuicio y la ponderación del interés público superior, y (iii) excepciones imperativas sometidas al test del perjuicio grave y la ponderación. Las principales limitaciones son (i) el interés público vinculado a la seguridad pública, (ii) la defensa y los asuntos militares, (iii) las relaciones internacionales, y (iv) la política financiera, monetaria o económica de la Unión o de un estado miembro. También es una causa de denegación del acceso la protección de la intimidad e integridad de la persona. Finalmente, para determinados supuestos, la excepción al acceso sólo opera si no existe un interés público superior en la divulgación.

16 Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hay que hacer referencia al artículo 15, apartado tercero, de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, desarrollado por el [Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo \(LCEur 2001, 1766\)](#), del Parlamento Europeo y el Consejo, en virtud del cual: «3. *Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado. El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos. Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas. El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.*».

17 El Consejo de Europa define este convenio como el primer instrumento legal internacional que reconoce, con alcance general y de forma vinculante, el derecho de acceso a documentos que estén en posesión de entidades públicas.

18 El Convenio, en la medida que contiene una regulación de mínimos, se ha convertido en un referente para los Estados que han legislado sobre la materia regulando el derecho de acceso a la información pública. Así pues, los Estados miembros que lo ratifiquen pueden establecer una regulación más amplia del derecho que ofrezca mayor protección del mismo.

19 El Memorándum explicativo del Convenio elaborado por el propio Consejo (*Explanatory Report*) establece que una respuesta ágil y rápida es parte esencial del contenido del derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, no establece ningún plazo máximo para la resolución de la solicitud.

### Configuración jurídica del derecho de acceso a la información pública en los países de la Unión Europea

De conformidad con lo expuesto anteriormente, en la actualidad, el derecho de acceso a la información pública se configura como un derecho fundamental, independiente de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información previsto en el [artículo 11](#) CDFUE estrechamente vinculado a la ciudadanía.

La jurisprudencia europea se ha pronunciado en este mismo sentido, vinculando estrechamente el derecho de acceso al principio de democracia y **transparencia**, siendo ejemplificativas, entre otras, la [STJUE, de fecha 30 de abril de 1996 \(TJCE 1996, 78\)](#), Reino de los Países Bajos (apoyado por el Parlamento) contra el Consejo (apoyado por la Comisión y por la República de Francia), (*asunto C-58/94*); o la [STG, de 14 de octubre de 1999 \(TJCE 1999, 241\)](#), *Bavarian Lager* contra Comisión (apoyada por Reino Unido), *asunto T-309/97*.

En atención a los referidos criterios jurisprudenciales, las Instituciones comunitarias han asumido que el reconocimiento del derecho de acceso no es suficiente, siendo necesario aportar medidas que lo faciliten y garanticen. A tal efecto, han hecho un esfuerzo para adaptar su lenguaje jurídico-normativo a la capacidad de comprensión del ciudadano medio, apoyar a los ciudadanos en su ejercicio, dando facilidades para el acceso y reduciendo los tiempos de respuesta a las solicitudes

20 Deviene de especial interés conocer la existencia de múltiples trabajos realizados por las Instituciones europeas, los cuales han seguido ahondando en su definición. Entre los mimos destacan las siguientes: «*Iniciativa Europea de Transparencia*», aprobada por la Comisión en fecha 9 de noviembre de 2005. El «*Libro Verde Iniciativa europea a favor de la transparencia*», aprobado por la Comisión en fecha 3 de mayo de 2006. COM (2006) 194. «*Iniciativa Europea a favor de la transparencia. Un marco para las relaciones con los representantes de intereses*», aprobada por la Comisión en fecha 21 de marzo de 2007. SEC (2008) 1926. Código de Conducta perfilado en la Comunicación de la Comisión de fecha 27 de mayo de 2008, «*Iniciativa europea a favor de la transparencia. Un marco para las relaciones con los representantes de intereses (Registros - Códigos de conducta)*». COM (2008) 323 final. [Reglamento \(CE\) nº 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006 \(LCEur 2006, 2089\)](#), relativo a la aplicación, a las Instituciones y a los Organismos comunitarios, las disposiciones del Convenio de Aarhus, aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo en fecha 6 de septiembre de 2006 (DO L 264, 25/09/2006, p.13). «*Libro verde sobre acceso del público a los documentos de las Instituciones de la Comunidad Europea*», aprobado por la Comisión en fecha 18 de abril de 2007. COM (2007) 185.

Simultáneamente a la actividad legislativa en el seno de la Unión Europea, múltiples Estados miembros han desarrollado su propia regulación bajo los principios que se han enunciado a lo largo

del presente artículo, inspirándose, a su vez, en normativas de otros países que, no siendo miembros de la Unión Europea, han aprobado normas sobre la materia vigentes desde hace tiempo y, en consecuencia, ampliamente consolidadas en sus respectivos Ordenamientos jurídicos<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Destacan, entre otros, el caso de los EEUU que, desde 1966, dispone una Ley, *Freedom of Information Act* (en adelante, «FOIA-EEUU»), que, siendo una de las primeras experiencias de regulación del derecho de acceso a la información ha inspirado la regulación posterior en otros países. La FOIA-EEUU se basa en los principios de **transparencia** e información, estableciendo una serie de excepciones que se fundamentan en las nociones de seguridad pública y protección de la intimidad. La regulación del derecho de acceso a la información pública a EEUU ha evolucionado hacia su configuración como un elemento indispensable para la participación democrática (y no como un elemento patrimonialista) en los procesos de toma de decisiones. En el ámbito iberoamericano, ampliamente inspirado en el modelo FOIA-EEUU, debe hacerse necesaria referencia a la Ley Federal de **Transparencia** y Acceso a la Información Pública Gubernamental, de 11 de junio de 2002, de México, y a la Ley 27806, de **Transparencia** y Acceso a la Información Pública, de 2 de agosto de 2002, de Perú.

Entre los Estados miembros de la Unión Europea que han aprobado normativa propia reguladora del derecho de acceso a la información pública destacan Irlanda, Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Eslovenia y, más recientemente, España.

En relación al caso español conviene indicar que, no sólo el Estado ha legislado sobre la materia, sino que, la mayoría de los gobiernos regionales (denominadas constitucionalmente como Comunidades Autónomas) han aprobado normas que desarrollan la normativa básica aprobada por el Estado y que, en algunos casos, amplían la regulación del referido derecho introduciendo medidas de protección para garantizar el ejercicio del mismo por parte de los administrados.

En atención a lo expuesto, el contenido mínimo de las normas aprobadas por los Estados miembros es el siguiente:

*Naturaleza jurídica del derecho:* en la mayoría de los casos se le otorga el carácter de derecho fundamental y, como tal, se le dota de los instrumentos de garantía y la regulación específica que cada Ordenamiento jurídico le otorgue.

*Legitimación activa:* sobre quién recae la titularidad del derecho de acceso a la información pública.

*Legitimación pasiva:* sobre quién recae la obligación de facilitar el acceso a la información pública.

*Conceptos:* de información pública y de documento.

*Procedimiento de acceso total y/o parcial a la información pública:* plazo, sentido del silencio, obligación de motivar la denegación de acceso y posibles vías de recurso. Limitaciones del derecho de acceso<sup>22</sup>.

*Excepciones al derecho de acceso:* principios de proporcionalidad y de daño efectivo en la aplicación de excepciones.

*Colisión de derechos y ponderación:* acceso y privacidad.

*Existencia de una autoridad independiente:* instrumento de protección adicional del derecho, que actúa como garantía de revisión imparcial de la solicitud previa a la vía judicial.

<sup>22</sup> Las limitaciones al acceso deben estar motivadas y deben establecerse por razones objetivas de protección de otros derechos o intereses a los que la difusión pueda afectar. Por lo tanto, cuando el conocimiento de una información no definitiva, un informe o una nota preparatoria puede ser de interés público desde la perspectiva de la evaluación de la actuación pública, no debería quedar excluida de acceso sólo por este carácter auxiliar o no definitivo, sino que es preciso que el acceso —como cuando se trata de información definitiva— pueda comportar algún perjuicio a otros derechos o intereses y que la exclusión sea necesaria para su protección. Partiendo de esta premisa, conviene detenerse nuevamente en aquello que el Convenio del Consejo de Europa señala en relación con las limitaciones al acceso a la información pública:— Deben estar establecidas de forma expresa y precisa por ley.— Deben ser necesarias en un modelo de sociedad democrática.— Deben ser proporcionales a la finalidad de protección pretendida con la exclusión.

## **El Open Data: instrumento y garantía para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y la implantación del Open Government**



Los ciudadanos y gobiernos actuales vivimos en consonancia con la Sociedad de la Información y del Conocimiento fruto de la constante evolución de las TIC y su implantación de nuestras vidas cotidianas.

Ello ha dado lugar a la aparición de nuevos términos, no sólo lingüísticos sino también jurídicos, como los relativos al concepto de Gobierno o Administración electrónica y, en evolución del mismo, al de *Open Government*<sup>23</sup>, el cual supera la idea de la **transparencia** y apunta hacia la creación de nuevos espacios de relación entre los Estados y la sociedad en los que son una premisa indispensable la difusión y el acceso a la información pública que se facilita, principalmente, a través de las TIC.

<sup>23</sup> La OCDE lo define como «la **transparencia** de las acciones que realiza un gobierno, la accesibilidad a los servicios e información pública, y la capacidad de respuesta del gobierno a las nuevas ideas, demandas y necesidades». «*Modernising Government: the way forward*», OCDE, 2005. El principal impulso del *Open Government* a nivel internacional se produjo con la difusión del Memorando sobre **Transparencia** y Gobierno Abierto firmado por el Presidente Barack Obama en fecha 21 de enero de 2009, en el que daba a su Administración instrucciones para establecer un sistema de **transparencia**, participación pública y colaboración con el fin de fortalecer la democracia y promover la eficacia y la eficiencia del Gobierno. Para ello exigía al Gobierno: ser transparente, ser participativo y ser colaborativo. El referido Memorando dio lugar a la iniciativa *Open Government Partnership* (véase), cuyos objetivos fundamentales son que sus gobiernos rindan cuentas, sean más abiertos y mejoren su capacidad de respuesta hacia sus ciudadanos. Los Estados que desean formar parte de esta iniciativa deben suscribir la Declaración de Gobierno Abierto, comprometiéndose a fomentar la cultura del gobierno abierto y, en concreto, (i) aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales, (ii) hacerlo en formatos que faciliten su reutilización y, en particular, en formato abierto como instrumento para promover el acceso a los datos públicos y garantizar la interoperabilidad, (iii) apoyar la participación ciudadana, (iv) promover la colaboración, y, (v) potenciar el uso de las nuevas tecnologías.

Es importante tener en cuenta que, en la medida que la finalidad del *Open Government* no implica únicamente la **transparencia** sino el fomento de la participación y la colaboración, adquiere un papel fundamental la gestión de la información pública en formato libre para que pueda ser reutilizada<sup>24</sup>, motivo por el cual los Estados deben regular en una triple vertiente:

<sup>24</sup> A. V. Ramírez-Alujas, «Gobierno abierto es la respuesta: ¿cuál era la pregunta?» Revista Más Poder Local, número especial sobre redes sociales y gobernanza, 2012, página 15, establece que: «cuando hablamos de gobierno abierto hacemos referencia a la expresión de ciertos principios que se manifiestan en a) mejorar los niveles de **transparencia** y acceso a la información mediante la apertura de datos públicos (para ejercer control y social y rendición de cuentas), y la reutilización de la información del sector público (para promover la innovación y el desarrollo económico); b) facilitar la participación de la ciudadanía y el desarrollo económico; y c) favorecer la generación de espacios de colaboración entre los diversos actores, particularmente entre las administraciones públicas, la sociedad civil y el sector privado, para co-diseñar y/o co-producir valor público».

Derecho de acceso a la información y gestión de la información en el interior de las Administraciones públicas.

Protección de datos.

Procedimiento administrativo

En este nuevo escenario político, jurídico y social, entra en juego la implantación del Open Data y los mecanismos de reutilización de los datos públicos.

Concretamente, el Open Data es una filosofía que tiene por objeto poner a disposición de la sociedad los datos que gestiona la Administración pública en formatos fáciles de manipular, de tal forma que cualquier ciudadano o empresa pueda analizar, reutilizar y redistribuir estos datos, generando nuevos servicios y permitiendo que la Administración pública mejore en **transparencia** (gobierno abierto) y fomente la generación de riqueza a través de la gestión inteligente de los recursos (gobierno inteligente)<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Fuente:.

El objetivo es que los ciudadanos y las empresas —«*infomediarias*» o «*reutilizadoras*»— puedan reaprovechar estos datos para generar valor económico a través de la construcción de nuevos datos, conocimiento o servicios que reporten beneficios económicos y/o sociales.

Para garantizar el correcto funcionamiento de la filosofía Open Data y la reutilización de los datos

públicos, los Estados y, en concreto, sus respectivas Administraciones, deben ajustarse a lo previsto en la [Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003 \(LCEur 2003, 4477\)](#) , relativa a la reutilización de la información del sector público<sup>26</sup> y, por ende, cumplir los siguientes principios:

<sup>26</sup> De conformidad con los Considerandos 6 a 8 de la [Directiva 2003/98/CE \(LCEur 2003, 4477\)](#) : «(6) Existen considerables diferencias de un Estado miembro a otro en relación con las normas y prácticas de explotación de los recursos de información del sector público. Estas diferencias constituyen barreras que obstaculizan el aprovechamiento pleno de las posibilidades económicas de este recurso esencial. La tradición de explotación por organismos del sector público de información de dicho sector ha tenido un desarrollo muy diverso, lo que se ha de tener en cuenta. Debe llevarse a cabo, por tanto, una armonización mínima de las normas y prácticas nacionales en materia de reutilización de los documentos del sector público en los casos en que las diferencias entre las normas y las prácticas nacionales o la ausencia de claridad obstaculizan el buen funcionamiento del mercado interior y el adecuado desarrollo de la sociedad de la información en la Comunidad. (7) Además, en ausencia de una armonización mínima a nivel comunitario, las actividades legislativas a nivel nacional, iniciadas ya en algunos Estados miembros ante la necesidad de dar respuesta a los retos tecnológicos, podrían dar lugar a discrepancias todavía más importantes. Las consecuencias de estas discrepancias legislativas y de esta incertidumbre irán acentuándose con el futuro desarrollo de la sociedad de la información, que ha ocasionado ya una fuerte intensificación de la explotación transfronteriza de la información. (8) Se necesita disponer de un marco general para las condiciones de reutilización de los documentos del sector público con el fin de garantizar que dichas condiciones sean equitativas, proporcionadas y no discriminatorias. Los organismos del sector público recogen, producen, reproducen y difunden documentos para llevar a cabo su labor de servicio público. La utilización de dichos documentos por otros motivos constituye una reutilización. Las políticas de los Estados miembros podrán ir más allá de las normas mínimas establecidas en la presente Directiva, permitiendo así una reutilización más amplia».

**Públicos:** deben abrirse todos los datos de carácter público que no estén sujetos a restricciones de privacidad, seguridad o derechos de autor.

**Detallados:** deben publicarse los datos tal y como están en su origen, sin procesar y manteniendo el mayor nivel de detalle posible (datos en brutos).

**Actualizados:** los datos deben ponerse a disposición de los usuarios con la frecuencia necesaria para que no pierdan su valor, sean precisos y actuales.

**Accesibles:** los datos deben ser accesibles para el mayor número de usuarios posible.

**Automatizados:** los datos deben ser estructurados para que puedan ser procesados de forma automática por un ordenador como garantía de su reutilización.

**Sin registro:** los datos deben estar disponibles para todos, sin necesidad de identificarse previamente.

**Abiertos:** los formatos de los datos no deben pertenecer a una entidad o a una herramienta propietaria de una entidad (éste sería el caso de los formatos Word, Excel, etc.).

**Libres:** los datos deben estar 100% libres de derechos, patentes, copyright y no estar sujetos a derechos de privacidad, seguridad o privilegios.

Los anteriores principios nos llevan a concluir que:

Si los datos no pueden ser indexados, no existen.

Si los datos no se hacen públicos en un formato abierto y legible, no fomentan la participación.

Si el Ordenamiento jurídico no permite su reutilización, no benefician ni a los ciudadanos ni a las empresas.

En cuanto a los beneficios que se generan con la implantación del Open Data y, consecuentemente, la reutilización de la información del Sector público debe hacerse referencia a las siguientes tres dimensiones:

**Las empresas:** tienen la posibilidad de generar valor económico a partir de los datos públicos facilitados por las Administraciones públicas, creando servicios y aplicaciones a partir de los datos libres.

*Los ciudadanos:* se produce un acercamiento a los principios de Gobierno abierto e inteligente, facilitando la relación de la Administración con los ciudadanos y la participación y colaboración de la ciudadanía en el ejercicio de sus funciones. Fruto de dicha relación pueden generarse nuevos servicios de iniciativa privada a través del uso de los catálogos de datos abiertos y, consecuentemente, la generación de nuevos puestos de trabajo.

La publicación de los datos públicos en un portal web de forma estandarizada redundará en un incremento de la **transparencia** informativa y la consecución de uno de los principales objetivos del *Open Government*.

*La Administración pública:* se beneficia de la colaboración de los ciudadanos que, a través del Open Data y la reutilización de los datos, participa en la mejora de los servicios públicos.

Asimismo, se fomenta el intercambio entre diferentes Administraciones, generando una mayor eficiencia en el funcionamiento de la Administración y la carga de trabajo de los empleados públicos con la evidente reducción de costes que ello conlleva.

En resumen, la finalidad de la suma de **transparencia**+ reutilización + datos abiertos es la mejora de la eficacia en la prestación de los servicios públicos, el fomento de la participación de los ciudadanos, la generación de beneficios económicos y/o sociales e, incluso, prevenir la corrupción.

No obstante lo expuesto, la realidad ha superado la normativa vigente, existiendo un evidente desfase entre las leyes reguladoras de la materia y las herramientas que nos ofrecen las TIC. Así mismo, se constata que, en la mayoría de Ordenamientos jurídicos vigentes, la opción por el open Data es más una política pública que una apuesta jurídica, en tanto que no siempre incorporan abiertamente el derecho a acceder libremente a la información de que disponen los poderes públicos para elaboración de sus políticas y la adopción de sus decisiones.

Por lo expuesto existe, en la actualidad, un largo camino por recorrer, no sólo por parte de los poderes legislativos de los Estados, sino también por los operadores jurídicos que intervienen en la relación entre los ciudadanos / empresas y las Administraciones encargadas de impulsar el *Open Government*, siendo muy conveniente la unificación del régimen jurídico del acceso y la difusión de la información pública y el de su reutilización para potenciar el acceso libre a la información como forma de gobernar para garantizar la **transparencia** de su gestión, la eficiencia de los recursos públicos y la participación y colaboración con los ciudadanos.

A tal efecto, las Administraciones deberían potenciar un espacio en su correspondiente sede electrónica dedicada a los datos abiertos, en el que no sólo se detallaran los listados de conjuntos de datos reutilizables, sino también la modalidad de reutilización, las tasas o precios públicos que, en su caso, resulten aplicables, y la descripción de los mecanismos de acceso.

## Conclusión

En atención a lo expuesto a lo largo del presente artículo, puede concluirse que la regulación del derecho de acceso a la información pública, teniendo en cuenta los estándares fijados por el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos y demás normativa del Ordenamiento jurídico europeo y de los sistemas de nuestro entorno, debe incluir el siguiente contenido:

Cualquier persona debe poder solicitar el acceso a la información pública sin tener que acreditar interés alguno ni motivar su petición.

Cualquier denegación del acceso debe estar motivada en causas objetivas y fijadas legalmente.

El acceso a la información pública no se limita a los documentos definitivos, sino que incluye los documentos preparatorios siempre y cuando sea de interés público y no pueda comportar algún perjuicio a otros derechos o intereses.

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

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

Debe aplicarse el principio de ponderación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la intimidad. En la ponderación de ambos derechos, el daño efectivo que la difusión de la información puede ocasionar no debe convertirse en una excepción absoluta cuando el interés público en el acceso se considera prevaleciente.

Hay que valorar la opción de utilizar anónimos para proteger los datos personales antes de la difusión o bien de permitir sólo el acceso parcial cuando se concluye que el derecho a la privacidad impide el acceso a la información.

La Administración debe resolver de forma ágil y en el plazo máximo legalmente previsto. El sentido del silencio debería ser estimatorio, sin necesidad de actuaciones adicionales o confirmatorias.

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

La intervención de una autoridad independiente de protección de derechos puede ser un instrumento para fomentar el acceso a la información y garantizar la revisión imparcial de la decisión administrativa previa a la vía judicial.

Las políticas de datos abiertos promueven la **transparencia**, el control de la acción administrativa y el beneficio económico. La reutilización de la información pública posee un efecto multiplicador de estos factores, motivo por el cual debe avanzarse hacia la homogenización del régimen normativo de la **transparencia**, datos abiertos y reutilización.