

LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

THE LIMITS OF THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

Arancha Moretón Toquero

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid

RESUMEN

La configuración del derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública contenido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, ha supuesto un avance respecto de la regulación anterior. No obstante, el diseño legal continúa respondiendo a una concepción limitada del derecho de acceso, tanto por la naturaleza que esta le confiere, como por la previsión de un complejo y amplio sistema de límites que, en muchos casos, tienen carácter abierto e indeterminado, lo que da cabida a una mayor intensidad de la restricción.

El presente trabajo pretende abordar con carácter general las limitaciones previstas por la Ley en relación con el derecho de acceso, así como el impacto que su aplicación práctica puede tener sobre la efectividad del principio de transparencia suprimir.

Palabras clave: *transparencia, acceso a la información pública, participación pública, Buen gobierno, derechos fundamentales, archivos y registros, Gobierno abierto.*

Arancha Moretón Toquero

ABSTRACT

The law 19/2013 configuration of the citizen's access to public information has meant a step forward comparing to the former regulation. Nevertheless, the legal design is still a response to a limited conception to the right of access to public information, whether the nature conferred or by the forecast of a complex and broad limits system, that very often has an open and indeterminate nature which accommodates more intensive restraints.

This study hopes to globally tackle the restrictions considered by the law in connection with the access to public information right, as well as the impact that the practical application could have on the transparency principle.

Keywords: *transparency, access to public information, public participation, Good Governance, Fundamental Rights, archives and registers, Open Government*

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO: TRANSPARENCIA Y CONFIDENCIALIDAD.
2. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.
 - 2.1. El punto de partida: la información pública y el «interés público».
 - 2.2. La previsión legal sobre los límites al derecho de acceso.
 - 2.3. Las materias que pueden limitar el derecho de acceso.
3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO Y EL CONFLICTO CON OTROS DERECHOS E INTERESES.
4. BIBLIOGRAFÍA.

Abreviaturas

- CE: Constitución Española.
- LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- LTAIPBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- LTMA: Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
- OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- UE: Unión Europea.

1. PLANTEAMIENTO: TRANSPARENCIA Y CONFIDENCIALIDAD

1. Tanto la publicidad como el secreto poseen un marcado carácter instrumental que les conecta con los derechos e intereses legítimos que pretenden realizar, y que justifican su vigencia.

Es reconocido que la información confiere una buena dosis de poder a quien la detenta, y que la información siempre ha sido un instrumento de gobierno¹. En este sentido, la superación de un sistema de información pública marcado por el secretismo y, a veces, incluso por la opacidad, en favor de un sistema de transparencia, supone por tanto un desplazamiento del poder de control y decisión en favor de los ciudadanos.

En un Estado democrático de Derecho la publicidad sirve, con carácter general, para alcanzar la transparencia que permite que los ciudadanos pueden visibilizar el funcionamiento de las Administraciones y, en general, el ejercicio del poder público, lo que cumple, en primer término, una misión evidente: la de permitir el control de dicha actividad y su sometimiento a la legalidad limitando la arbitrariedad, exigencia consustancial al Estado de Derecho. La transparencia, por tanto, desplaza hacia el lado de los ciudadanos buena dosis del poder que lleva implícito la información haciéndoles partícipes de ella, y propiciando un escrutinio más intenso de la actividad pública.

No obstante, la transparencia cumple otra finalidad de primer orden: servir de cauce de profundización en la dimensión democrática del Estado² mejorando

¹ Vid. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «Principio de confidencialidad», en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pastor (Dir.), La Ley, 2010, pp. 1208 y 1209.

² «Frente al prestigio del secreto propio del Antiguo Régimen, donde se entendía que el arte de gobernar comprendía los llamados *arcana imperii*, *secretos de Estado* (el secreto es uno de los lenguajes del poder: los arcanos eran aquel catálogo de prácticas secretas que habían de garantizar el dominio del gobernante sobre el pueblo menor de edad), el principio de publicidad se abre paso con la revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, aunque circunscrito inicialmente a la actividad del Parlamento y de los jueces, pero no del poder ejecutivo. Esta inercia llega hasta nuestros días: se ha venido considerando durante los dos últimos siglos que el ejecutivo no debía someterse al principio de publicidad porque le bastaba estar obligado por el principio de legalidad, esto es, de sometimiento a la Ley. Así pues, hemos funcionado, ya desde los parámetros del Estado liberal, con la idea de que el procedimiento de aprobación de la ley, fruto del Parlamento, sí ha de ser público, pero la actividad del Ejecutivo podía mantenerse en secreto, bastando que se sometiera a la ley. Esta idea empieza a quebrar en los países escandinavos y anglosajones a

la posibilidad de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, e implementar la dimensión democrática del Estado sobre la base de una ciudadanía mejor informada. Es decir, más allá de la función que la transparencia tiene como forma de control de la actuación de las Administraciones públicas, también proporciona la información que es requisito indispensable, no solo para hacer factible la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, sino para que esta cuente una mayor fundamentación, lo que debiera repercutir en una mejora de la calidad democrática. Señala BOBBIO que la convicción de que el Estado democrático pudiera dar vida a la transparencia del poder o «*poder sin máscara*» es una de las razones que revela su superioridad frente a los Estados autoritarios, defensores de la doctrina de los *arcana imperii*, que justificaba la necesidad de que las grandes decisiones políticas fuesen tomadas en gabinetes secretos, lejanos de las miradas indiscretas del público³.

A diferencia de los Estados autoritarios, en los que los ciudadanos se encuentran inermes frente a un poder invasor y hermético en la información propia, pero que no reconoce espacios privados a sus ciudadanos, lo propio de un sistema democrático es, por el contrario, la visibilidad de lo público y la posibilidad de reservar espacios privados exentos de control, como regla general. Este impecable razonamiento quiebra en la práctica, frecuentemente a través de normas formalmente respetuosas, pero que en su aplicación producen efectos más limitativos de lo que sería deseable.

A pesar de que la transparencia no se menciona expresamente en nuestro texto constitucional, ni tampoco contiene un principio general de publicidad, lo cierto es que ambos principios se encuentran no solo implícitos en la propia caracterización de nuestra forma de Estado como democrático y de Derecho, sino también proyectados en múltiples manifestaciones concretas en un buen

*partir de hace muy poco, de la segunda mitad del siglo XX (...) Mayo del 68 desacraliza el poder, lo saca del secreto sancta sanctorum y lo muestra al pueblo. En esto, la democracia y las dictaduras son totalmente opuestas. En una dictadura, el pueblo debe mostrarse desnudo, desprovisto de secretos ante un poder invasor de todos los espacios de la existencia, un poder estatal que nunca desvela más de lo que desea mostrar. En una democracia, por el contrario, el poder es, por definición, el que no ha de tener secretos mientras que el pueblo puede y debe preservar los suyos (de ahí la íntima coherencia teórica —otra cosa sucede en la práctica— entre el deber de transparencia pública, de un lado, y el derecho a los datos privados, de otros)». Vid. REY MARTÍNEZ, Fernando, «Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio de 2013, p. 194.*

³ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 23.

En este mismo sentido señala también que no por casualidad la doctrina de los *arcana imperii* corre paralela a las teorías de la razón de Estado, para las cuales «*le está permitido al Estado lo que no le está permitido a los ciudadanos privados y por tanto el Estado está obligado a actuar en secreto para no hacer escándalo*».

Arancha Moretón Toquero

número de preceptos que configuran una suerte de «halo» cuyo objetivo es convertir lo invisible en visible⁴.

En coherencia con la proclamación del carácter democrático del Estado, nuestro texto constitucional recoge un buen número de manifestaciones concretas del principio de publicidad, sobre todo respecto de los poderes legislativo y ejecutivo, que tienen su desarrollo en la legislación ordinaria posterior⁵.

En relación con la manifestación más clara del principio de transparencia en el ámbito del poder ejecutivo, merece especial atención el art. 105.b) CE, que reconoce el derecho de acceso a la información y remite al legislador su regulación ceñida al ámbito de los archivos y registros administrativos (salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas).

Este precepto tiene su correlato en varios otros de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que contienen una regulación del acceso informativo, si bien notablemente limitada tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva⁶. Dicha regulación se contiene fundamentalmente en el art. 3.5 LRJPAC, donde se explicita que «*en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación*»⁷; en el art. 35, apartado a) LRJPAC, que de forma coherente menciona entre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas el de «*conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos*»; también en el art. 35, apartado h), que reconoce el derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas; y en el art. 37 LRJPAC que,

⁴ ALONSO TIMÓN, Antonio J., «El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de derecho», en *Revista Asamblea*, núm. 27, diciembre de 2012, p. 31.

⁵ La publicidad en relación con la actuación del poder legislativo se manifiesta, por ejemplo, en el principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE), o de las sesiones plenarias del Congreso y del Senado (art. 120.3 CE); respecto del judicial, se contienen referencias también como la publicidad del proceso (art. 24.2 CE), de las actuaciones judiciales y de las sentencias (art. 120.1 CE) con las excepciones que establezcan las leyes de procedimiento. Es también manifestación de este principio la publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional (art. 164 CE).

Si, como propone ALONSO TIMÓN, aceptamos que la transparencia es un principio que supera el mero ámbito de la publicidad y se manifiesta también en la participación ciudadana y el procedimiento como mecanismos de control, las menciones constitucionales son, desde luego, mucho más numerosas. Señala los siguientes preceptos: 1, 6, 7, 9, 18, 20.3, 20.5, 23, 54, 66.2, 92.1, 103, 105, 106.1, 109, 110, 111, 120, 129.1, 136, 151.2.5, 153, 164 y 168. *Vid.* ALONSO TIMÓN, Antonio J., «El principio de transparencia...», cit., p. 31.

⁶ *Vid.* Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de información administrativa y atención al ciudadano.

⁷ *Vid.* SSTS de 31 de julio de 2007 y de 3 de junio de 2008.

en su redacción previa a la LTAIPBG, ya contenía una detallada regulación del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos.

La regulación anterior a la LTAIPBG, recogida en esta y en un sinnúmero de normas sectoriales, suponía un marco en exceso limitado y, en este sentido, como señala con acierto J. MESEGUER, tanto los operadores jurídicos como la jurisprudencia han coincidido en reconocer las insuficiencias y lagunas de esta normativa que difícilmente podía satisfacer las expectativas generadas por el reconocimiento constitucional del derecho de acceso⁸.

Recientemente la necesaria implementación del principio de transparencia administrativa y la consideración de los ciudadanos como destinatarios de la información en poder de los poderes públicos, han orientado algunas disposiciones normativas, como la relativa al medio ambiente (Ley 27/2006, de 18 de julio) o, de forma puntual, algunas previsiones en materia de régimen local (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local), si bien el punto de inflexión, por su carácter general, se ha producido con la esperada Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en adelante LTAIPBG).

La Ley de Transparencia ha venido a establecer un nuevo régimen general del derecho de acceso a los archivos y registros públicos y ha introducido importantes modificaciones, acordes con el comienzo de lo que pretende ser un cambio de paradigma. La Disposición Final primera de la LTAIPBG ha dado nueva redacción al art. 35.h) LRJPAC, y también al art. 37, cuyo tenor literal pasa a ser el siguiente: «*Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación*».

2. La relación entre el poder público y los ciudadanos se manifiesta, en buena medida, en la generación de un importante flujo informativo que opera en un doble sentido: de los ciudadanos hacia los poderes públicos y de los poderes públicos a los ciudadanos.

⁸ MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información pública*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 10.

En relación con estas deficiencias del sistema anterior añade, además, «*que se limitaba a documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados, establecía restricciones adicionales a las previstas en la CE, inclusivas de una cláusula abierta (podía ser denegado el acceso cuando prevalecieran razones de interés público, intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo dispusiera una ley), lo que hacía depender la efectividad del derecho, de facto, de una decisión discrecional de la Administración, máxime cuando el acceso se condicionaba, además, a que no obstaculizara el funcionamiento de los servicios públicos*». Ibid.

Arancha Moretón Toquero

Respecto del primer sentido del flujo informativo, es decir, el que tiene su origen en los ciudadanos que suministran información a los poderes públicos, y en particular a la Administración, se constata que estos últimos, en el ejercicio de sus funciones manejan un importante volumen de información que se integra, no solo por la que ellos mismos producen, sino también por la que recaban de los ciudadanos, bajo el amparo del principio de legalidad (en el curso de los procedimientos administrativos, imposición de deberes de identificación, comunicación, etc.) y que encuentra su justificación en la necesidad de atender debidamente al cumplimiento de la diversidad de funciones que tienen encomendadas⁹.

En el segundo sentido apuntado, el que tiene como destinatarios a los ciudadanos, la transparencia de los poderes públicos hace referencia a su visibilidad, y no solo afecta a su funcionamiento o forma de proceder¹⁰ sino también, en su forma más plena, alcanza a buena parte de los contenidos que produce lo cuales, a su vez, usualmente incorporan parte de la información recabada de los ciudadanos.

De esta forma, el flujo informativo opera no solo en el doble sentido indicado (Administración-ciudadanos directamente interesados), sino también en una doble dirección que conecta a la Administración (en general a los poderes públicos) no solo con los ciudadanos directamente concernidos, sino también con terceros no directamente afectados pero que participan del interés público de la información cuya obtención se instrumenta, bien a través de la publicidad que ofrece directamente la Administración, o bien mediante la respuesta a su demanda informativa.

No se puede pasar por alto que los avances técnicos con los que contamos en la actualidad han venido a incidir de manera directa en esta cuestión, produciendo un efecto paradójico. De un lado, sin duda los *new media* han contribuido de manera decisiva a que los ciudadanos seamos «más visibles» para la Administración, no solo por el volumen de información que le permiten recabar en uso de sus potestades, sino también por las posibilidades de acumulación y tratamiento informativo.

Pero los actuales medios técnicos influyen también en la otra dirección apuntada, incrementando notablemente las posibilidades de eficacia de la transparencia o el flujo informativo desde los poderes públicos a los ciudadanos, sobre todo por la accesibilidad que aquéllos comportan. Esto que, en principio, constituye una ventaja, es paradójicamente uno de los riesgos que planea

⁹ Vid. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «Principio de confidencialidad...», cit., p. 1212.

¹⁰ Este aspecto enlaza muy bien con la concepción normativa anterior, que limitaba la transparencia a un mero principio de la actuación administrativa.

sobre una eventual ampliación del ámbito de la publicidad de la información en manos de los poderes públicos, por las dificultades de establecer una graduación que compatibilice el interés público de la información con la vigencia de otros derechos o intereses en juego, lo que en último término justifica el establecimiento de límites más estrictos.

En definitiva, la técnica viene a hacer posible la acumulación y completitud de la información, pero su utilización también permite su visibilidad absoluta, y una publicidad absoluta es un camino de no retorno que se compadece mal tanto con el cumplimiento de algunas de las funciones administrativas (de forma excepcional) como también con la preservación de un ámbito de libertad de los ciudadanos (de la Administración por un lado, y del público en general).

En efecto, aun cuando la plenitud del principio de transparencia debiera venir de la mano del reconocimiento a los ciudadanos de un amplio derecho de acceso a la información pública (y en opinión de buena parte de la doctrina, con carácter fundamental) que actúe verdaderamente como regla general, la búsqueda del necesario equilibrio entre los diversos derechos e intereses concurrentes impide que la transparencia sea total y absoluta.

Ello nos remite a la difícil tarea de encontrar puntos de encuentro y equilibrio que eviten el sacrificio absoluto de un interés u otro. Pero la diversa naturaleza de estos intereses en juego dificulta notablemente su determinación y, aún más, su operatividad con vocación de alcance general.

De un lado, el derecho a la intimidad (en sentido amplio) tanto de los ciudadanos como de los servidores públicos; de otro, la propia eficacia de la función administrativa o, en general, de la función pública que se desempeñe; los intereses colectivos básicos como la seguridad, el orden o la propia existencia del Estado y, en todos los casos, las exigencias de la formación de una opinión pública libre y, en definitiva, el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, son intereses llamados a enfrentarse.

La conjugación de estos intereses diversos se manifiesta en el establecimiento de límites de confidencialidad al flujo informativo en el doble sentido apuntado: de los ciudadanos a los poderes públicos, y de estos a los ciudadanos. Por lo que respecta a la información que la Administración suministra, en ocasiones la confidencialidad radicará en la protección de intereses propios de la función que realiza o del interés público, pero en otros, el límite de la confidencialidad tiene que ver con una extensión del derecho de los ciudadanos al respeto de su intimidad.

Efectivamente, la LTAIPBG como norma reguladora general del suministro de información de la Administración a los ciudadanos contiene también los márgenes en los que este se produce. Estos márgenes no se reducen a las limita-

Arancha Moretón Toquero

ciones subjetivas y objetivas o los cauces de ejercicio (transparencia activa o derecho de acceso) sino que estos vienen a sumarse a los de naturaleza esencial o estructural preexistentes, es decir, a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información de los ciudadanos que les habilita para solicitarla.

El hecho de que la norma reguladora del derecho de acceso a la información tenga un punto de partida limitado, anclado en el art. 105.b) CE, potencia el efecto que, de por sí, ya tienen las limitaciones específicas que contiene la transparencia. De este modo, si bien esta nueva norma supone un progreso en la efectividad del principio de transparencia a través de la imposición de deberes de publicidad sin necesidad de solicitud previa (que la ley denomina «*transparencia activa*»), o configurando el derecho de acceso de los ciudadanos al margen de la acreditación de un interés legítimo y superando la limitación de su operatividad respecto de los archivos y registros públicos, lo cierto es que el continuismo que supone una concepción limitada del derecho de acceso, así como la amplitud de los límites previstos, han sido y siguen siendo uno de los aspectos más controvertidos de esta norma, sin perjuicio de las correcciones que puedan producirse posteriormente en el curso de su aplicación.

2. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

El derecho de acceso a la información pública continúa siendo en nuestro ordenamiento jurídico un derecho de configuración legal, diseñado sobre la base del mandato al legislador que contiene el art. 105.b) de nuestra Constitución.

La opción legislativa plasmada en la LTAIPBG ha sido la de apostar, en buena medida, por el continuismo respecto de la regulación anterior, una regulación esencialmente limitada; si bien es cierto que la nueva norma ha supuesto un indudable avance en aspectos importantes del desarrollo de este derecho.

En cualquier caso, y sin perjuicio de los contornos del derecho de acceso que traza la Ley, este (como todos los demás derechos) no puede tener un alcance ilimitado. Si el reconocimiento del carácter fundamental y autónomo del derecho de acceso a la información pública opera sobre la base de la íntima conexión que mantiene con la libertad de información en su dimensión institucional (como contribución a la formación de una opinión pública libre) del art. 20.1.d) CE, y con el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23 CE), propios del sistema democrático, no es menos cierto que es también

exigencia del Estado democrático la pervivencia de otros derechos e intereses con los que pudiera entrar en conflicto. Desde el punto de vista del sometimiento a la ley, un derecho de acceso ilimitado no solo sería incompatible con el ejercicio mismo del poder, sino que en último término haría «transparentes» a los ciudadanos frente a los demás y frente a la propia Administración sobre la base de un pretendido acceso total, lo que resulta incompatible también con un Estado democrático de Derecho.

Por todo ello y porque, en definitiva, de los límites depende la efectividad del derecho de acceso, esta cuestión ha sido una de las más controvertidas en el proceso de elaboración de la nueva norma, y está llamada a seguir siéndolo en su aplicación práctica.

2.1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL «INTERÉS PÚBLICO»

El objeto del derecho de acceso es la «información pública» (art. 12 LTAIPBG) y de conformidad con lo previsto en el art. 13 de la Ley, «*se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones*».

Por lo tanto, una interpretación conforme con el principio de accesibilidad máxima, acorde con una configuración amplia del derecho de acceso (a la que se refiere la Exposición de Motivos) requiere que la posibilidad de acceso sea efectivamente la regla general, permitiendo que el ejercicio de este derecho recaiga sobre todas las informaciones de las que disponen los poderes públicos, en la línea de lo que señala el Convenio del Consejo de Europa¹¹, cuando en su Preámbulo manifiesta que «*todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos*», y remarcando también con ello el carácter instrumental de la publicidad.

En este sentido, el derecho a recibir información [art. 20.1.d) CE] como «*derecho a informarse*» (y no como mera vertiente pasiva del derecho a informar) que integra la facultad de acudir a las fuentes informativas (en este caso la Administración o los poderes públicos son la fuente), se encuentra en la base del derecho de acceso. Este fundamento, a su vez, aporta una dimensión objetiva o institucional por cuanto la libertad de información fomenta el libre flujo informativo, que es presupuesto necesario de la participación de los ciu-

¹¹ Convenio sobre Acceso a los Documentos Públicos, Tromsø, 18 de junio de 2009.

Arancha Moretón Toquero

dadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE). Una «participación informada» exigencia del principio democrático y a la vez actúa como contrapoder, contribuyendo a disuadir de las conductas inapropiadas y, en último término, a disminuir la corrupción.

No obstante este planteamiento general, cuando la LTAIPBG se refiere a la aplicación de los límites en su art. 14.2 señala que «*la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso*». Esta referencia al interés privado superior al que protegen los límites previstos legalmente, y que puede fundamentar el acceso, ha sido interpretado negativamente por la doctrina¹². No solo porque en el Derecho comparado la ponderación tiene un carácter abstracto, sino también, porque en nuestro sistema esta previsión difícilmente encaja con la ausencia de la necesidad de acreditar una motivación (art. 17.3 LTAIPBG) que haga valer el propio interés.

Sin embargo, no es menos cierto que esta no es la única disposición en la que de forma indirecta se tiene en cuenta el interés que motiva la solicitud, pues el citado apartado 3º del art. 17 LTAIPBG, tras declarar la ausencia de necesidad de acreditar una motivación para la solicitud, a renglón seguido añade que «*sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución*», precepto que también ha sido merecedor de fuertes críticas.

También, en esta misma línea, el art. 15.3 LTAIPBG, regulador de la protección de datos como límite al derecho de acceso, menciona entre los criterios de ponderación en su apartado b) «*La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos*».

De esta forma, aun cuando la presencia de un interés privado o subjetivo no oculta la dimensión objetiva de la libertad informativa que propicia el libre flujo informativo, parece que la sombra de esta dimensión privada planea en la

¹² Acerca de la previsión legal de concurrencia de un interés público o «privado» del solicitante, Emilio GUICHOT señala con acierto que «*el derecho de acceso no es un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante. Dicho de otro modo, el único parámetro con el que confrontar la protección de los límites es el valor que para la sociedad tiene el conocimiento de la información, un juicio abstracto desvinculado por completo de la calidad y motivación del solicitante*». Vid. GUICHOT REINA, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 118 y 119.

concepción de la ley que, por lo demás, propicia que no se termine de reconocer el carácter objetivo del libre flujo informativo.

2.2. LA PREVISIÓN LEGAL SOBRE LOS LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO

La Exposición de Motivos de la LTAIPBG señala las líneas básicas del complejo sistema de límites del derecho de acceso¹³ que posteriormente desarrolla, de manera principal, en los arts. 14 y 15.

La regulación del derecho de acceso se contiene principalmente en esta Ley, sin perjuicio de otros regímenes especiales ya existentes, a los que se refiere la Disposición Adicional Primera para dejarlos subsistentes¹⁴. De esta forma, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información se regirán por su normativa específica, respecto de la cual, la contenida en la LTAIPBG tendrá carácter supletorio.

Los aspectos básicos del sistema de límites que establece la LTAIPBG se pueden sintetizar en los siguientes aspectos:

— En, primer lugar, el sistema que sigue la Ley es el de la previsión de un listado único de límites que recoge a las materias (art. 14 LTAIPBG) que eventualmente pueden entrar en conflicto con el derecho de acceso, asumiendo el criterio adoptado por el Consejo de Europa en el Convenio sobre Acceso a los Documentos Públicos.

Este convenio exige que los límites sean previstos por la ley y necesarios para la salvaguarda de los intereses relacionados en su art. 3, que prácticamente viene a coincidir con el que figura en el citado art. 14 LTAIPBG.

La capacidad limitadora de esas materias viene dada por la necesidad de salvaguardar los intereses que protegen, bien atendiendo a la propia naturaleza (confidencial) de la información que pretende ser desvelada, bien por la

¹³ Las previsiones de los arts. 23 a 25 de la ley de transparencia de Navarra, Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto responden en buena medida a este mismo esquema.

¹⁴ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

«Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública.

1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.

3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización».

Arancha Moretón Toquero

necesidad de evitar el perjuicio de los intereses generales que podría producirse en el caso concreto mediante el simple acceso a la información.

— En segundo lugar, para apreciar el conflicto que puede justificar la limitación del derecho de acceso, la norma remite a la aplicación previa de «un test de daño» (*harm test*), es decir, a la comprobación del perjuicio que el acceso a determinada información pueda producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la confidencialidad.

Por tanto, en ningún caso parece que quepa una limitación absoluta sino que, por el contrario, será preciso constatar el eventual daño que la publicidad puede causar a los intereses protegidos por dichas materias.

Hay que observar que, siguiendo un principio pro acceso, la Ley exige un daño y no un mero peligro para los otros bienes concurrentes que intenta proteger. Esto requiere, por tanto, que la decisión denegatoria del acceso sea suficiente motivada (como exige el art. 20.2 LTAIPBG), a fin de que la procedencia de dicha denegación pueda ser controlada en vía de recurso.

— Advertido el potencial daño que pudiera ocasionarse con el acceso a la información solicitada, la resolución del conflicto se llevará a cabo mediante un ejercicio de ponderación (*balancing test*) en el que, se tendrán en cuenta, por un lado, el interés público en la divulgación de la información y, por otro, los derechos e intereses protegidos por la lista de materias indicada, para decidir cuál deba ser finalmente objeto de protección o, en su caso, como solución intermedia, optar por reconocer un acceso parcial como vía para conciliar ambos intereses (art. 16 LTAIPBG). Efectivamente, en los casos en los que la aplicación de los límites del art. 14 LTAIPBG no afecte a la totalidad de la información, la Ley indica que se concederá el acceso parcial, lo que consistirá en facilitar la información pero omitiendo aquella parte que se encuentre afectada por el límite.

Ahora bien, este acceso parcial tiene a su vez su límite en la conservación del propio sentido de la información proporcionada, con lo que quedará excluido el acceso parcial cuando de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.

La cuestión, entonces, es quién ha de valorar si con el acceso parcial se produce, o no, la distorsión informativa. Si bien es cierto que solo quien de antemano tiene la información puede hacer una valoración cabal acerca de este extremo, no es menos cierto que la pretensión del ciudadano, privado de esta facultad de valoración, queda a merced de la decisión del órgano obligado a suministrar la información y sin posibilidad de control.

Por tanto, aunque la posibilidad de acceso parcial favorece prima facie el ejercicio de este derecho de acceso manteniendo los límites en un campo de acción estricto, este beneficio en la práctica solo es aparente, pues la intensidad de la afectación o la apreciación del grado de distorsión o no de la información, o su pérdida de sentido, son valoraciones que quedan en manos del responsable de suministrarla.

Sin embargo, tratándose de un acceso parcial, parece que esta técnica, unida a las posibilidades de disociación de datos, puede lograr el fin informativo previsto en los casos en los que los límites no afectan a toda la información; es decir, que los límites al suministro parcial de información deben también ser aplicados restrictivamente.

En esta línea, el Estudio de la Oficina Antifraude de Cataluña sobre el Derecho de acceso a la información pública y transparencia (EOAC) considera que los únicos motivos de rechazo del acceso parcial deben ser aquellos que comporten una información engañosa o carente de sentido, o bien aquellos en los que el suministro de información suponga una carga manifiestamente irrazonable para el sujeto obligado (esta última alternativa no tiene reflejo en la LTAIPBG), circunstancias ambas que, en su caso, deberían ser aprobadas por la autoridad pública.

Ante la eventualidad de que el acceso parcial no satisficiera el interés informativo del solicitante, el EOAC recomienda algunas medidas como que el sujeto obligado conceda, antes de la resolución, el oportuno trámite de audiencia, o que en cualquier caso, y antes de resolver una eventual desestimación completa de la solicitud, la autoridad pública adopte medidas como, por ejemplo, consultar con el titular de los intereses protegidos por la limitación aplicable, para intentar conseguir su consentimiento, o estudiar todas las posibles alternativas en la denegación total y, en última instancia, explicar en detalle los motivos de la denegación¹⁵.

Estas alternativas, sin embargo, no se encuentran en el texto de la Ley, pero quizá pudieran ser útiles como criterio interpretativo en el caso concreto.

En íntima conexión con los límites al derecho de acceso, y para cerrar esta descripción, resulta oportuno referirse a las previsiones del art. 18 de la Ley respecto de las causas que pueden motivar la denegación de plano de la solicitud de acceso a la información. En este precepto (incluido en la sección 2.ª del Capítulo III, donde se regula el procedimiento de ejercicio de este

¹⁵ Vid. MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La transparencia...*, cit., pp. 21 y 22.

Arancha Moretón Toquero

derecho) se excluye el acceso a la información, con carácter imperativo, en los cinco supuestos que el precepto enuncia¹⁶:

- a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general.
- b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.
- c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.
- d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente.
- e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.

No obstante, aunque el efecto de la inadmisión resulta en la práctica limitador del derecho de acceso por cuanto lo excluye, no debe sin embargo entenderse propiamente como un límite, sino como un criterio delimitador del objeto del derecho de acceso que, en consecuencia, no se reconoce respecto de las informaciones o personas a las que se refiere dicho precepto.

2.3. LAS MATERIAS QUE PUEDEN LIMITAR EL DERECHO DE ACCESO

Cuando el art. 105.b) CE remite al legislador el mandato de regular el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos, excluye de manera expresa la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

No obstante, el art. 14 de la LTAIPGB relaciona una docena de materias que pueden limitar el acceso a la información, y destina el precepto siguiente a tratar de forma separada el eventual conflicto que se pudiera plantear entre el derecho de acceso y el derecho a la protección de datos personales¹⁷. Para

¹⁶ Un estudio detallado del significado de cada una de estas previsiones puede encontrarse en el trabajo del presente volumen de MESEGUER YEBRA que tiene como objeto el estudio del procedimiento administrativo.

¹⁷ El art. 105.b) CE enuncia solo tres límites, y su aparente exhaustividad contrasta con el amplio listado previsto por la LTAIPGB. A este respecto señala GUICHOT que «la LRJPAC sentó precedente en 1992, incorporando una cláusula abierta al enunciado de materias que excedían de las aludidas en el citado artículo constitucional, precedente que después siguieron las Leyes de acceso a la información ambiental y de reutilización de la información del sector público, ampliando la enumeración de posibles límites. Y que, en un sistema de valores como es el constitucional, ha de procederse a una interpretación integradora que

Los límites del derecho de acceso a la información pública

este último supuesto la ley establece mecanismos de equilibrio específicos tendentes a hacer compatibles ambos derechos aunque, como señalaré posteriormente, el punto de partida es manifiestamente desigual por razón de la diferente naturaleza de los intereses en juego, lo que tiene una evidente repercusión respecto de una eventual ponderación.

Las materias que pueden justificar la limitación del derecho de acceso a la información son las señaladas en el artículo 14 LTAIPBG:

- a) La seguridad nacional.
- b) La defensa.
- c) Las relaciones exteriores.
- d) La seguridad pública.
- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.
- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.
- h) Los intereses económicos y comerciales.
- i) La política económica y monetaria.
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.
- l) La protección del medio ambiente.

A este listado se ha de añadir la protección de datos personales que, por su naturaleza y especificidad, merece una referencia separada en el artículo 15 LTAIPBG.

De esta forma, cuando la información solicitada (aun no estando comprendida entre las materias enumeradas en el artículo 14 LTAIPBG) pueda afectar de forma directa a la protección de datos personales, entrarán en funcionamiento los mecanismos de equilibrio necesarios establecidos por la Ley.

Así, por un lado, en la medida en que la información solicitada afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano, prevalecerá el acceso; mientras que, por otro, cuando dicha información pueda contener datos calificados como «especialmente protegidos», se adoptarán las cautelas y se apli-

*se resiste a constreñir los posibles bienes en conflicto a los límites acogidos en el art. 105.b) CE, que no agotan con mucho las posibles colisiones». Vid. GUICHOT REINA, E., *Transparencia, Acceso...*, p. 109.*

Arancha Moretón Toquero

carán los criterios de ponderación específicamente previstos en dicho precepto para primar uno u otro derecho.

Como criterio moderador, el art. 5.3 LTAIPBG señala, respecto de la publicidad activa, la necesidad de disociar los datos cuando la información que deba darse contuviera datos especialmente protegidos. La disociación, por tanto, es el criterio que se utiliza para equilibrar entre el deber de dar cumplimiento a la obligación informativa y el de protección de los datos personales.

En un examen a simple vista se aprecia que el listado del artículo 14 LTAIPBG es un listado heterogéneo de materias. No obstante, se pueden extraer algunos criterios comunes que clarifiquen la justificación de la inclusión de las materias agrupadas como limitaciones al derecho de acceso.

Por un lado, se trata en su mayoría de materias tendentes a proteger otros intereses de naturaleza pública (la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, la política económica y monetaria, etc.).

En menor medida, se trata de proteger derechos o intereses privados (como es el caso de la propiedad intelectual e industrial) que en algunos supuestos tienen una significación institucional evidente (la igualdad de las partes en los procesos judiciales, o el secreto profesional).

En otros casos la limitación de la información tiene por finalidad la protección de derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva (o la protección de la intimidad a través de la protección de los datos de carácter personal del art. 15 LTAIPBG).

Algunas de estas materias tienen carácter procedimental, es decir, tienen que ver con el interés público en mantener la propia eficacia del funcionamiento de la Administración: en particular, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, y la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.

La Ley, como he señalado, no hace una descripción negativa del derecho de acceso por oposición a las materias amparadas por el principio de confidencialidad, sino que proclama el derecho de acceso, y a posteriori señala las eventuales circunstancias que pueden limitarlo. No obstante, a mi modo de ver, algunas de estas, en sentido estricto, pueden constituir no meras limitaciones sino verdaderos límites definidores del derecho de acceso, como ocurre con las materias que, bien por decisión de la ley, bien por su propia naturaleza, o bien por declaración de los poderes públicos, se encuentran amparadas por la confidencialidad, en sentido general, o en su manifestación más estricta, por el

deber de secreto¹⁸. En estos casos (como ocurre, por ejemplo, con los secretos oficiales, o el secreto profesional) su relación con el derecho de acceso quizá debería resolverse, no tanto utilizando un criterio de ponderación, sino apreciando la exclusión del acceso en estos casos, por cuanto la materia queda fuera de su ámbito de acción.

Aunque los límites de los artículos 14 y 15 de la Ley se encuentran enumerados en el Capítulo III (destinado a la regulación del derecho de acceso a la información) resultan también aplicables a la denominada «publicidad activa», regulada en el Capítulo II (tal y como dispone el art. 5.3 LTAIPBG).

En otro orden de cosas, es preciso tener presente que la LTAIPBG contiene el régimen general de acceso a la información pública, *«sin perjuicio de otros regímenes especiales a los que hace referencia su Disposición Adicional Primera, respecto de las cuales esta Ley regirá con carácter supletorio»* (D.A. Primera, apartado 2). En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto ya advertía de que *«la relación entre la ley y los regímenes especiales no siempre aparece claramente perfilada o construida, lo que en algunos casos puede llegar a provocar un solapamiento o duplicidad de regímenes, cuando no una verdadera colisión normativa, sin que la ley ofrezca criterios sólidos para alcanzar una solución pacífica y que como consecuencia del juego conjunto de las remisiones contenidas en la ley y las cláusulas que salvaguardan la vigencia de ciertos regímenes especiales, así como de la ausencia de disposiciones derogatorias, no resulta sencillo determinar en todos los casos cuál es la norma de aplicación preferente, lo que permite albergar ciertas dudas en relación con el pretendido alcance general de la disposición comentada»*.

Sin perjuicio de lo dicho, hay que remarcar que, a juicio de la doctrina, la previsión legal de los límites es demasiado amplia, al menos desde un punto de vista objetivo, por la indeterminación de su redacción, así como por su eficacia temporal.

¹⁸ El Informe del Consejo de Estado 707/2012, aprobado el 19 de julio de 2012, ya se pronunció sobre este particular en los siguientes términos: *«debe señalarse que las materias o ámbitos que se configuran en este artículo como excepciones participan, en puridad, de la naturaleza de auténticos límites al ejercicio del derecho de acceso a la información»*.

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado considera que, en lugar de configurar estos límites como parte integrante de la definición de información pública, acotándola o restringiendo su alcance, sería más correcto técnicamente mencionarlos en un apartado distinto del artículo 9, que podría quedar redactado en unos términos similares a los que a continuación se propone: “No tendrá la consideración de información pública que pueda ser objeto del derecho de acceso regulado en esta Ley aquella cuyo conocimiento perjudique a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios”».

Arancha Moretón Toquero

Respecto de la primera cuestión, resulta llamativa la amplitud de la redacción de los límites así como su ambigüedad¹⁹, cuando precisamente, si convenimos que el hilo conductor de la norma es dar la máxima amplitud al derecho de acceso, esto exige, por el contrario, una interpretación estricta de los límites. Por ello, será necesario esperar al desarrollo de la Ley, así como a los criterios que se puedan extraer de su aplicación práctica.

En cualquier caso, la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y atenderá a las circunstancias del caso concreto (art. 14.2 LTAIPBG).

Por otro lado, también se ha resaltado que la Ley no incorpora una limitación temporal a la vigencia de las limitaciones enunciadas, desconociendo la posibilidad que apunta el apartado 3 del art. 3 del Convenio del Consejo de Europa, lo que contradice el carácter restrictivo que deben tener los límites²⁰. De igual forma, como apunta J. MESEGUER, tampoco en relación con estas limitaciones del art. 14, la LTAIPBG ha previsto su aplicación restrictiva acudiendo, por ejemplo, a la técnica de la disociación de ciertos datos, en virtud de la cual podría apreciarse una dispensa de límite, previsión esta que, sin embargo, sí existe en el art. 15 LTAIPBG cuando se abordan las restricciones por razón de la protección de datos personales. Esta ausencia de previsión no obsta para que, en su opinión, aun no estando expresamente previstas estas alternativas, pudieran ambas aplicarse siempre que quede garantizada la protección del interés que trata de protegerse y la información no resulte distorsionada²¹.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO Y EL CONFLICTO CON OTROS DERECHOS E INTERESES

Una de las cuestiones que, como hemos señalado, más debate suscita (y ha suscitado en el proceso de elaboración de la Ley) es, sin duda, la relativa a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública.

En definitiva, y aunque existe acuerdo para reconocer la vinculación de su contenido con la libertad de información y el principio democrático, la cuestión

¹⁹ Señala Guichot que el carácter abstracto de la formulación es indiscutible aunque, en su opinión, no cuenta con alternativa razonable, ya que «la realidad es tan proteica que el intento de una definición en positivo resulta un esfuerzo vano abocado al fracaso», *vid.* GUICHOT, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública...*, cit., p. 109.

²⁰ En este mismo sentido *vid.* GUICHOT, E., *Transparencia, Acceso a la Información Pública...*, cit., p. 112.

²¹ *Vid.* MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La transparencia...*, cit., p. 20.

es si este (nuevo ¿?) derecho es, en definitiva, un derecho fundamental o un derecho de configuración legal.

Más allá de la discusión teórica, esta es una de las cuestiones de mayor enjundia jurídica por la trascendencia que, entre otras, indudablemente posee no solo desde el punto de vista de la articulación de los mecanismos necesarios para su protección, sino también, y sobre todo, desde la óptica de los límites a su ejercicio, es decir, de la solución que se haya de adoptar para resolver los eventuales conflictos que se pudieran plantear entre este derecho y los demás derechos e intereses protegidos por el ordenamiento (particularmente, todo hay que decirlo, de manera más intensa respecto de la eventual colisión con el derecho a la protección de datos).

En el nuevo texto el legislador ha optado finalmente por una construcción del derecho de acceso anclado en el art. 105.b) CE, es decir, desarrollando una concepción limitada de este, como derecho de configuración legal.

Esta alternativa ha condicionado lógicamente el instrumento normativo para su regulación (ley ordinaria en lugar de Ley Orgánica) pero también, y lo que es más importante, el régimen de protección aplicable ante eventuales vulneraciones, privándole de las garantías específicas y reforzadas de las que disfrutaban los derechos de naturaleza fundamental, como son la tutela jurisdiccional ordinaria de carácter preferente y sumario prevista en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, sobre todo, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Esta cuestión, además de la importancia que por sí misma comporta, adquiere mayor interés, si cabe, teniendo en cuenta que solo una construcción del derecho de acceso a la información desde la óptica de los ciudadanos, reconociendo su naturaleza fundamental, contribuye a que el principio de publicidad sea, como efectivamente debe ser en un sistema democrático, la regla general y no la excepción, como en la práctica ocurre.

La inercia de nuestro sistema (pese a lo que pudiera parecer si contemplamos la multiplicidad de manifestaciones del reconocimiento del principio de publicidad) es, sin embargo, más proclive a la opacidad que a una verdadera apertura informativa o «cultura de la transparencia», que pretende instaurar esta nueva Ley. Si formalmente las diferentes modalidades de secreto que nuestro ordenamiento regula (secreto profesional, secreto del sumario, secretos oficiales, etc.) tienen un carácter excepcional y el recurso a su utilización exige, precisamente por ello, una fuerte justificación en cada caso concreto, no es menos cierto que, en la práctica, una concepción fuertemente limitada de la publicidad, unida a una regulación frecuentemente confusa (que ocasiona no pocos problemas interpretativos y de inseguridad en su aplicación, no solo para los ciudadanos sino también para los servidores públicos que tienen que

Arancha Moretón Toquero

responder a una eventual demanda de información) han contribuido a crear una base poco favorable a la divulgación de la información pública.

Ciertamente la LATAIPBG supone, como hemos dicho, un fuerte avance y un cambio de mentalidad, pero conserva la tendencia a considerar la transparencia como un mero principio de actuación de las Administraciones públicas, y no tanto como un verdadero derecho ciudadano.

Sea como fuere, el reconocimiento o la mera declaración de su naturaleza fundamental por su estrecha vinculación con los derechos fundamentales a la información [art. 20.1.d) CE] y al derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE) no habría comportado, como tampoco ocurre con los demás derechos fundamentales, un radio de acción ilimitado²². Sin embargo, sí habría colocado a este derecho en mejor posición de cara a la solución de un eventual conflicto con el resto de intereses públicos y privados que, como hemos visto, pueden actuar de límite, particularmente la protección de la intimidad a través de la protección de los datos personales.

Efectivamente, en relación con este último, una concepción del derecho de acceso como mero derecho de configuración legal le coloca en una posición más débil a la hora de solucionar la colisión con el derecho a la protección de datos personales, lo que es resultado del superior rango que a este último le confiere su carácter fundamental.

De forma parecida, esta consideración del derecho de acceso de forma parcial, desde su dimensión subjetiva, provoca que la eficacia de las prevenciones para lograr que la aplicación de los límites sea efectivamente restrictiva (art. 14.2 LTAIPBG) quede también muy mermada.

En definitiva, más allá de los mencionados avances que ha traído consigo la nueva norma, y pese a que la concepción restringida del derecho de acceso

²² En este sentido, por ejemplo, la SAN de 25 de febrero de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) reconoce que «esta Sala ha venido ponderando en numerosas sentencias la protección de datos y el derecho de información, para determinar, de acuerdo con el art. 9 de la Directiva 95/46 cuándo resultan admisibles limitaciones al derecho a la protección de datos para la libertad de expresión e información. Hemos declarado, que en esa ponderación se debe considerar la relevancia de la noticia que puede ayudar a formar la opinión pública, así como la proyección pública del particular del que se da la información... de forma que, según hemos venido declarando en esta Sentencia, la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información sólo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información.

Asimismo, esta Sala ha declarado, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 febrero 2007, que el derecho a la libertad información veraz no es un derecho absoluto y ante la ponderación de ambos derechos fundamentales, se colige que no puede en modo alguno prevalecer el derecho a la información veraz invocado sobre el derecho a protección de datos. Así, en ese caso, la publicación del nombre, apellido, DNI, domicilio, profesión y actividad asociativa de un miembro de la guardia civil, no puede ampararse en modo alguno en la finalidad invocada, pues pudo perfectamente informarse sobre la fundación de la asociación sin necesidad de proporcionar los datos personales».

potencia el efecto de sus límites, está por ver si su desarrollo e interpretación (particularmente, teniendo en cuenta la amplitud de la definición de sus límites y los mecanismos de conciliación de intereses) permiten, en la práctica, afirmar la vigencia del principio de transparencia en nuestro sistema jurídico.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO TIMÓN, Antonio J., «El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho», en *Asamblea*, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 27, diciembre de 2012.

DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sobre secretos oficiales*, Cuadernos Civitas, 1998.

GUICHOT REINA, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

HINS, Wouter y VOORHOOF, Dirk, «Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights», en *European Constitutional Law Review*, 3, 2007.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «Principio de confidencialidad», en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Dir.), La Ley, 2010 (pp. 1207 a 1219).

MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información pública*, Bosch, Barcelona, 2013.

PASQUIER, Martial y VILLENEUVE, Jean-Patrick, «Barreras de la organización a la transparencia. Una tipología y análisis del comportamiento de la organización tendente a prevenir o restringir el acceso a la información», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. 72, núm. 1, marzo de 2007 (pp. 169 a 176).

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín M.^a, *El derecho de acceso a los archivos y a los documentos de la Administración militar*, Cuadernos Civitas, 1999.

RAMS RAMOS, Leonor, «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, octubre-diciembre de 2013.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M.^a, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas (Unión Europea y España)*, lustel, Madrid, 2013.

Arancha Moretón Toquero

REY MARTÍNEZ, Fernando, «Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio de 2013.

SAINZ MORENO, Fernando, «Secreto y transparencia», en VV.AA., *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ FERRO, Susana, «Libertades informativas y poder ejecutivo: secretos oficiales», en VV.AA., *Libertades informativas* (Antonio TORRES DEL MORAL, Dir.), Colex, Madrid, 2009 (pp. 1017 a 1058).

— *El secreto de Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, «Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos del “proceso de comunicación pública”», en *REDC*, núm. 68, 2003.

— *Los derechos del público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

VV.AA., *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario* (M.^a Emilia CASAS y Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO, Dirs.), Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2009.