

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

Capítulo de libro, “El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D.Íñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 725-754

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”

Lorenzo Cotino Hueso¹

Prof. Titular de Derecho constitucional de la Universitat de Valencia

Estudio realizado para el Libro Homenaje a D. Íñigo Caverro

I. Una aproximación a la transparencia y a su emergencia en la Unión Europea

El presente estudio no es más que una muy humilde contribución al homenaje a D. Íñigo Caverro. Se ha elegido un tema que considero de total actualidad en el ámbito de la Unión Europea: la transparencia pública y el derecho de acceso a la documentación. Este estudio forma parte de una investigación en curso más amplia que supera a la misma disciplina jurídica para acercarse a los ámbitos de la Ciencia política y de la Administración². No obstante, para el presente homenaje y como

¹ Para cualquier consulta o comentario, cotino@uv.es, sobre estas materias, en breve, consúltese www.administracionelectronica.com.

² Se trata de la investigación en fase de culminación que he dado por título “Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa”. Por su puede resultar de interés me permite incluir el índice general de este estudio.

Primero. Aproximación a la noción de transparencia y a las causas de su fuerte emergencia especialmente en la Unión Europea.

I. Una aproximación a la evolución y la noción de transparencia.

II. La transparencia como general valor emergente en el siglo XXI.

III. La transparencia como particular valor emergente en la Unión Europea del siglo XXI.

"El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública", en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

no podía ser de otra forma, he considerado oportuno ceñir el estudio al ámbito jurídico que le corresponde. Es por ello, y en aras de la brevedad, que diversas cuestiones de interés se dan por supuestas o bien se abordan con meras remisiones.

1. La "transparencia" es una noción difusa que aglutina toda una serie de institutos y normas que delinean un modo de ser de aquello de donde se predique (el sistema político, económico, financiero, las instituciones, la administración, etc.). Considero que el núcleo de la transparencia es el grado de información del gobierno y la administración que se hace disponible al público y, hay que adelantar, dicha información se hace disponible por dos razones básicas: tanto para poder controlar al gobierno y la administración cuanto para poder participar en los mismos. Desde el punto de vista jurídico, este núcleo se concreta en el derecho acceso "formal" a la información pública, esto es, el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos, allí donde esté reconocido, como es el caso y se verá, en la Unión Europea. También, la transparencia se concreta en la posibilidad de conocer las actividades de las instituciones (como, por ejemplo, el Consejo de la Unión Europea).

Asimismo, la transparencia viene fundida y confundida con la apertura (art. 1 TUE) y la participación, siendo como es, que resulta más bien un instrumento para la participación. Igualmente, algunas nociones como la accesibilidad, legibilidad e inteligibilidad, coherencia y otras virtudes se predicán de la normativa y estructura de la Unión Europea cuando se habla de transparencia. Incluso los derechos vinculados al nuevo derecho fundamental a la buena administración (artículo 41 de la Carta) suelen quedar vinculados con la noción de

Segundo. La efectiva emergencia del reconocimiento del acceso "formal" y "material" a la información pública en la Unión Europea y en los Estados miembros.

I. Una previa: acceso "formal" y "material" a la información pública.

II. El paulatino reconocimiento del acceso formal a la información pública hasta su inminente constitucionalización.

III. El acceso formal a la información en los miembros de la Unión y otros ámbitos nacionales y supranacionales.

IV. El acceso "material" a la información pública especialmente a merced al desarrollo del gobierno electrónico en la Unión Europea y sus Estados miembros.

Tercero. La realidad del acceso "formal" y "material" a la información pública en la Unión Europea.

I. La realidad del acceso formal en la Unión Europea. ¿Hacían falta tantas alforjas para este viaje?.

I. A) El paulatino incremento del ejercicio del derecho de acceso desde su reconocimiento.

II. La realidad del acceso "material" a la información pública en la Unión Europea y sus Estados miembros: magnitudes para reflexionar.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

transparencia. Sin embargo y a mi juicio, parece aconsejable intentar dotar de autonomía a las distintas nociones y, como se ha anunciado, considerar “transparencia” al amplio abanico de posibilidades de acceso a la información pública. En el presente estudio se aborda la transparencia desde la perspectiva más manejable al jurista, como acceso formal a la información pública, en particular como ejercicio del derecho de acceso a los documentos.

2. Como en otros estudios he tenido ocasión de profundizar, no se comprende la importancia conferida a la transparencia en la Unión Europea si no es en relación con la no menos difusa noción de gobernanza y el proceso de integración. Prueba de ello es el más que cumplido papel que se le confiere a la transparencia en el diseño político arquitectural por el que apostó la Comisión Europea en su famoso Libro Blanco de la gobernanza en Europa de 2001³. Y es que, como se ha señalado, el Libro Blanco tiene su *ethos* en la transparencia⁴. Sin que sea lugar ahora de mayores consideraciones, creo que la aclamación de la transparencia forma parte de un intento de legitimación democrática de la Unión, forjado a través de una más que dudosa concepción de una democracia participativa de corte corporativo. La transparencia parece emanar como *ungüento mágico* con el que *frotando* a la Unión se resuelven todos sus males. La transparencia habría de hacer sencilla y comprensible a la Unión y Comunidad europeas, con sus ininteligibles normas y procedimientos decisionales. La transparencia habría de sanar sus formas de actuar a través de grupos de trabajos, comités de expertos y la comitología, abriendo las puertas a la participación e influencia en los mismos, como consagrados ámbitos de génesis de voluntad en esta tecnocracia europea. La transparencia no acabaría con la burocracia y la tecnocracia, pero haría que sus formas de actuar y sus decisiones fuesen más “democráticas”. O al menos, es lo que se predica. La

³ En COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, 25 de julio de 2001, Bruselas, COM (2001) 428 final, su texto en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2001/com2001_0428es01.pdf (12/5/2002). Ahí, la transparencia forma parte directa y esencial de los dos primeros de los cinco principios políticos de la buena gobernanza que se proponen (apertura y participación) y está bien presente en el tercero de ellos (responsabilidad). Asimismo, de los cuatro ejes de cambios propuestos, también la presencia de la transparencia es esencial en los dos primeros (más participación; mejora calidad y en la aplicación de las políticas) con presencia en el cuarto (centrar las instituciones)

⁴ PEERS, Steve, “From Maastricht to Laeken: The Political Agenda of Openness and Transparency in the European Union”, en DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 7-32, cita de la pág. 30.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

transparencia y su tránsito a la apertura son las herramientas y premisas básicas en la apuesta por una democracia deliberativa con clara influencia del pluralismo de Dahl y las garantías procedimentales de la acción comunicativa de Habermas. Así se aprecia en versiones voluntaristas para la Unión Europea como las de la holandesa Curtin⁵. en torno a una democracia participativa, asociativa y deliberativa supranacional donde todos los afectados e interesados pueden participar e influir en la toma de decisiones. En una versión adulterada por la Comisión, la transparencia parece tener juego como premisa de unos mecanismos de consulta y diálogo con una sociedad civil organizada y corporativa⁶. Aún es más, en la Unión Europea se dan claros reflejos de un fenómeno quizá más peligroso: la sacralización de la transparencia, esto es, hacer de la transparencia un fin en sí mismo, no la premisa indispensable para una dudosa forma de participación legitimatoria, sino legitimación misma en una palabra. Su concepción como nuevo derecho fundamental y constitucionalización y su relativa novedad parecen cegar a quienes ante la brillantez de esta nueva estrella de la gobernanza europea olvidan que la transparencia es, ni más ni menos, un instrumento que por sí sólo, alejado de sus finalidades, poco vale. Y todo hay que decir que, hoy por hoy, la transparencia se proclama en la Unión Europea sin su necesario complemento, el reconocimiento de derechos concretos de participación⁷, siendo, además, que el modelo de democracia participativa propuesto es, cuanto menos dudoso.

⁵ Entre sus diversos trabajos sobre el particular puede remitirse a CURTIN, Deirdre M., “Non-Governmental Representation V. Civil Society Deliberation: A Contemporary Eu Governance Dilemma”, marzo 2002, disponible en la red (doc. Word), en <http://www.arena.uio.no/events/Conference2002/Papers.html>. Asimismo, en general, a *Postnational democracy. The European Union in search of a political philosophy*, Kluwer Law, La Haya, Londres, Boston, 1997.

⁶ Una visión crítica, en español puede seguirse en BAR CENDÓN, Antonio, “El Libro Blanco “La Gobernanza Europea” y la reforma de la Unión”, en *GAPP (Gestión y Análisis de Políticas Públicas)*, nº 22, septiembre-diciembre de 2001, INAP-MAP, págs. 3-18. También disponible en http://europa.eu.int/comm/governance/contrib_cendon_es.pdf (15/8/2003) así como en CLOSA MONTERO, Carlos, “El libro blanco sobre la gobernanza”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, enero marzo, 2003, págs. 485-503. No obstante, por todos, para una visión extremadamente crítica, hay que remitir al breve, pero intenso trabajo de ALLOTT, Philip, “European governance and the re-branding of democracy”, *European Law Review*, 2002, 27(1), 60-71.

⁷ Particularmente esta observación debe agradecerse a la visión externa operada por la norteamericana FROST, Amanda, “Restoring Faith in Government: Transparency Reform in the United States and the European Union”, en *European Public Law*, vol. 9, Issue 1, 2003, págs. 87-104.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

3. Así las cosas, considero que la transparencia no puede ser una nueva estrella que brille y cautive a los ingenuos por su sola mención, no puede hacer el juego a quienes se escudan en conceptos como “gobernanza” o “sociedad civil” para dar el estocazo definitivo a una democracia parlamentaria que, aun obsoleto, sigue siendo la mejor forma de democracia conocida. Que la transparencia resulta en principio una virtud de los poderes públicos, no cabe duda, que no puede hacerse de ella la palanca legitimadora de éstos, tampoco. Transparencia sí, pero siempre como instrumento, complemento y suplemento y siempre que no desvíe la atención y la energía de otros enfoques superadores de los déficits democráticos de la Unión Europea igual o más importantes.

Estimo que la aproximación jurídica a la recepción de la transparencia y el derecho de acceso en el ámbito de la Unión y Comunidad europeas se hace vacía sin esta contextualización, sin estas advertencias previas, que lógicamente requerirían de mayor desarrollo, sin ser éste el lugar apropiado para ello.

4. De igual modo, y ya desde el terreno propiamente jurídico, me remito a otros trabajos para observar pormenorizadamente los pasos en la emergencia del derecho de acceso a los documentos: la aparición en una Declaración anexa al Tratado de Maastricht, su reconocimiento en la normativa interna de 1993 para la Comisión y para el Consejo, respectivamente; el importante y progresivo⁸ papel que ha desempeñado la jurisprudencia Tribunal de Justicia⁹ y, sobre todo, del Tribunal de Primera Instancia¹⁰, nutrida y progresiva; la fuerte

⁸ Sobre la jurisprudencia, entre los variados estudios me permito remitirme, por todos a PEERS, Steve, “From Maastricht to Laeken: The Political Agenda of Openness and Transparency in the European Union”, en DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 7-32 y, en esta misma obra, a NAÔME, Caroline, “The Case-Law of the Court of Justice and of the Court of First Instance of the European Communities on Transparency: From Carvel to Hautala II (1995-2001)”, págs. 147-198.

⁹ Hasta lo que conozco, cuatro sentencias: caso Holanda / Consejo, C-58/94, Sentencia del Tribunal de Justicia –de 30 de abril de 1996); caso Holanda / Comisión y van der Wal, C-189/98 P, C-174/98-P, Sentencia de 11 de enero de 2000; caso Consejo / Hautala y otros, C-353/99 P sentencia de 6 de diciembre de 2001 y caso Interporc II, C-41/00 P, sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2003.

¹⁰ En sus 18 sentencias: Caso Carvel y Guardian Newspapers contra el Consejo Sentencia Tribunal de Primera Instancia, T-194/94, 19 de octubre de 1995; caso WWF UK/Comisión, T-105/95 sentencias de 5 de marzo de 1997; caso Van der Wal contra la Comisión (T-83/96) Tribunal de Primera Instancia, sentencia 19 de marzo de 1998, resuelto por el Tribunal de Justicia en sentencia de 11 de enero 2000; caso Svenska Journalistförbundet/Consejo de la Unión (T-174/95), Tribunal de Primera Instancia, de 17 de junio de 1998).; caso Interporc I contra la Comisión, (T-124/96), sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 6 de febrero de 1998; caso

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

influencia del Defensor del Pueblo Europeo¹¹, impulsor directo de la profundización en el reconocimiento de la transparencia y de su horizontalización a la constelación de instituciones, órganos y agencias de la Comunidad y Unión europeas o el Código de Buena Conducta Administrativa de 2001¹² y el de la misma Comisión Europea.

No obstante, sin perjuicio de aquello, parece oportuno, ya, detenerse en la situación jurídica presente y futura del reconocimiento jurídico-constitucional de la transparencia.

II. La situación jurídica actual del derecho de acceso a los documentos

1. Una transparencia a dos velocidades: el privilegiado sector del medio ambiente

1. Con carácter previo no hay que olvidar el ámbito del medio ambiente es privilegiado por cuanto al reconocimiento de la transparencia. Así, desde 1990 se cuenta con una Directiva 90/313/CEE, del Consejo, de 7 de junio de 1990¹³, sobre libertad de

Rothmans International/Comisión, (T-188/97), sentencia de 19 de julio de 1999; caso The Bavarian Lager Company/Comisión, (T-309/97), sentencia de 14 de octubre de 1999; caso Interporc II, (T-92/98) sentencia de 7 de diciembre de 1999 del Tribunal de Primera Instancia. caso Interporc II, C-41/00 P, sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2003.; caso Hautala/Consejo (T-14/98), sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 1999, resuelto por el Tribunal de Justicia.; caso BEUC/Comisión, (T-256/97), sentencia de 27 de enero de 2000; caso Aldo Kuijer/Consejo I, Kuijer/Consejo (T-188/98) sentencia de 6 de abril de 2000 del Tribunal de Primera Instancia; caso Denkavit Nederland/Comisión, (T-20/99), sentencia de 13 de septiembre de 2000; caso JT's Corporation/Comisión, (T-123/99), sentencia de 10 de diciembre de 2000; caso Toditec/Comisión, (T-68/99), sentencia de 16 de mayo de 2001; caso Mattila/Consejo y Comisión, (T-204/99), sentencia de 12 de junio de 2001; caso British American Tobacco International/ Comisión, (T-111/00), sentencia de 10 de septiembre de 2001; Caso David Petrie y otros contra la Comisión (T-191/99), sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de diciembre de 2001; caso Aldo Kuijer/Consejo II, (T-211/00), sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de febrero de 2002.

¹¹ Sobre el tema, en general y con carácter descriptivo, puede seguirse, HARDEN, Ian, “The European Ombudsman’s Efforts to Increase Openness in the Union”, en DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, , págs. 123-146.

¹² Aprobado por el Parlamento Europeo en una resolución adoptada el 6 de septiembre de 2001. En este Código, se contienen diversas disposiciones de interés con relación a la transparencia administrativa, en especial, los artículos 22 (solicitudes de información) y 23 (solicitudes de acceso público a documentos).

¹³ En España esta Directiva fue traspuesta en virtud de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre Derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente (BOE nº 297, de 13.12.1995), que regula el derecho de acceso a información sobre el medio ambiente; el ámbito de aplicación; los supuestos de denegación de la información; la resolución de las solicitudes; el soporte material de la información; así como la difusión periódica de información ambiental.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

acceso a la información en materia de medio ambiente. En la misma, se impone a los Estados miembros la obligación de establecer las disposiciones necesarias para reconocer el derecho de cualquier persona física o jurídica a acceder a la información sobre medio ambiente que esté en poder de las Administraciones públicas, sin que para ello sea obligatorio probar un interés determinado. En esta Directiva se fija un plazo máximo de dos meses para conceder la información solicitada y estableciendo los supuestos en que dicha información puede ser denegada¹⁴.

2. En este sector, pues, hay consolidada ya una tradición de transparencia que, no obstante, se va a complementar con las fuertes exigencias de participación que indirectamente van a sobre venir a los Estados miembros en razón de la Convención internacional de Aarhus¹⁵, cuya importancia supera incluso al ámbito sectorial al que va dirigido, como estímulo claro de la regulación conjunta de participación y transparencia con severas exigencias para los Estados firmantes. El llamado Convenio de Aarhusen razón del lugar de adopción, tiene por título, “Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”¹⁶. La misma ha entrado en vigor el 30 de octubre de 2001¹⁷.

¹⁴ En la misma se reconoce el acceso a toda persona físicas o jurídicas, nacionales de uno de los Estados que integran el Espacio Económico Europeo o que tengan su domicilio en uno de ellos el derecho a acceder a la información ambiental que esté en poder de las Administraciones públicas competentes, sin obligación de acreditar un interés determinado y con garantía, en todo caso, de confidencialidad sobre su identidad. Se trata de la información referida al estado de las aguas, el aire, el suelo y las tierras, la fauna, la flora y los espacios naturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como a las actividades y medidas que hayan afectado o puedan afectar al estado de estos elementos del medio ambiente. También se incluyen los planes o programas de gestión del medio ambiente y a las actuaciones o medidas de protección ambiental.

La directiva también impone la transparencia a los empresarios, individuales o sociales, que gestionen servicios públicos relacionados con el medio ambiente. Se regula también la posibilidad de aplicar restricciones, la información proactiva medio ambiental que debe ofrecerse, los procedimientos y recursos, etc.

Al respecto de la misma, por todos, CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente. El derecho de acceso a la documentación administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

¹⁵ Toda la información sobre el mismo, disponible en [http://www.unece.org/env/pp/\(20/8/2002\)](http://www.unece.org/env/pp/(20/8/2002)).

¹⁶ El texto de la misma en español puede seguirse en la red, documentno (ECE/CEP/INFORMAL/1999/1 de 15 de enero de 1999) Comisión Económica para Europa. Comité de Política Ambiental.

¹⁷ En su artículo 1 se expresa el “objetivo” de “contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, cada Parte garantizará los derechos de acceso a la

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

El carácter de vanguardia del medio ambiente en la transparencia y participación y la adopción de este convenio, bien pueden hacer hablar de dos velocidades por cuanto a este sector privilegiado, que, en todo caso, puede servir de campo de experimentación de la apertura y transparencia general.

2. El reconocimiento del derecho de acceso en el artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea

1. Más allá de este sector particular, desde el punto de vista de las fuentes, la regulación fundamental del derecho de acceso se da en el artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea, que reconoce del derecho a la información pública :

Artículo 255 (antiguo artículo 191 A)

“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 Amsterdam.

3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos.”¹⁸

información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.”

A tal fin se contempla ampliamente el acceso a la información sobre medio ambiente (art. 4) y las obligaciones de “recogida y difusión de informaciones sobre el medio ambiente” (art. 5). Asimismo se regula ampliamente la participación del público:

-“en las decisiones relativas a actividades particulares (art. 6),

-“en los planes, programas y políticas relativos al medio ambiente” (art. 7) y

-“durante la fase de elaboración de disposiciones reglamentarias o de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general” (art. 8).

Finalmente, se regulan las garantías jurisdiccionales (art. 9).

¹⁸ En este sentido, recuerda Oberg que las presiones de Holanda y Suecia se centraron en su reconocimiento a nivel del tratado constitucional, que incluyese el ámbito de documentos accesibles, incluidos los de terceros (frente a la regla de autor), que se limitasen los límites al

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Dicho precepto fue aprobado bajo la influencia holandesa y de los países nórdicos, aunque no hicieron valer todas sus propuestas concretas en el reconocimiento, por lo que se ha dicho que obtuvieron una “victoria pírrica” con este reconocimiento:

2. Del mismo, aun someramente, cabe destacar varios aspectos:

- en virtud de los artículos 28 y 41 del TUE, este derecho queda reconocido también para el segundo y tercer pilar de la construcción europea (Capítulos V y VI, respectivamente)¹⁹.

- el Tribunal de Justicia ha recordado la necesidad de la interposición legislativa para su aplicación, en este punto, hay que subrayar que el artículo prácticamente supone una remisión en blanco para que el legislador comunitario detallase el derecho reconocido en su contenido, límites y forma de ejercicio, procedimiento, etc.

- la titularidad de este derecho no se reserva a los ciudadanos, sino a cualquier residente, así como a las personas jurídicas con domicilio social en la Unión.

- el derecho se reconoce sólo respecto de tres instituciones, Consejo, Comisión y Parlamento, no así a las restantes instituciones, los órganos y las Agencias.

- el derecho no se reconoce en el ámbito de Euroatom y la CECA, en virtud de la Declaración nº 41 al Tratado de Amsterdam.

3. La nueva regulación del derecho de acceso: el Reglamento 1049/2001 y su desarrollo

En el plazo fijado por el texto del Tratado, dos años después de su entrada en vigor, se aprobó el Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del

derecho de acceso, permitiéndose el acceso a borradores y trabajos preparatorios en algunos casos. Se postulaba un procedimiento simple y sencillo y que se recogiese el deber de registro de todos los documentos. Para Oberg el artículo 255 suscita más dudas que respuestas, y sobre todo censura la remisión prácticamente en blanco del Tratado a la regulación de desarrollo, de ahí que afirme que tanto para los países que postularon su reconocimiento como para otros defensores, se trató de una “victoria pírrica”. ÖBERG, Ulf, “Public Access to Documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?”, en *European Integration online Papers* (EIoP) Vol. 2 (1998) Nº 8; disponible en <http://eiop.or.at/eiop/texte/1998-008a.htm> (2003).

¹⁹ Sobre el tema, por todos, PEERS, Steve, “Access to Information on EU External Relations and Justice and Home Affairs”, en DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 209-232.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Consejo y de la Comisión²⁰. Este Reglamento impone la adaptación de decisiones internas que hasta ahora regían el acceso a la documentación para las tres instituciones²¹ siendo que, en todo caso, esas normas internas son subordinadas al Reglamento. El Consejo²², la Comisión²³ y el Parlamento Europeo²⁴ adaptaron o aprobado su normativa interna conforme a este Reglamento.

Aun de forma somera, procede operar un breve comentario de esta norma desde los siguientes puntos de vista: 1-Su vinculación con la apertura y la participación; 2-Titular y objeto del derecho; 3-Sistema de excepciones; 4-Nuevos “documentos sensibles”; 5-Procedimiento; 6- Acceso a los documentos y, 7-Sistemas de registro y acceso por internet.

²⁰ *Diario Oficial* n° L 145 de 31 de mayo. Accesible, entre otros muchos lugares, en http://www.europarl.eu.int/register/pdf/r1049_es.pdf

²¹ De este modo, como se recuerda en el Preámbulo:

“(17) En virtud del apartado 3 del artículo 255 del Tratado CE cada institución debe elaborar en su Reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos. En consecuencia, si es necesario, se debe modificar o derogar la Decisión 93/731/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo(3), la Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom de la Comisión, de 8 de febrero de 1994, sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión(4), la Decisión 97/632/CE, CECA, Euratom del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 1997, relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo(5) y las normas de confidencialidad de los documentos de Schengen.”

²² Así, básicamente cabe tener en cuenta la Decisión del Consejo de 29 de noviembre de 2001 por la que se modifica el Reglamento interno del Consejo (2001/840/CE) (*DOCE* n° L 313 de 30/11/2001 págs. 40-43).

Respecto de toda la normativa e información de acceso del ámbito del Consejo, hay que remitir a <http://register.consilium.eu.int/utfregister/frames/introfsEs.htm>

²³ La adaptación se produjo por medio de la Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2001 por la que se modifica su Reglamento interno [notificada con el número C(2001) 3714] (2001/937/CE, CECA, Euratom) *Diario Oficial* n° L 345 de 29/12/2001 págs. 94-98.

De la Comisión cabe remitir a toda la información sobre acceso en http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/acc_doc/index_en.htm

²⁴ Del ámbito del desarrollo normativo por parte del Parlamento Europeo cabe citar:

Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de 2001, relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo (*DOCE* n° C 374 de 29/12/2001 págs. 1-6).;

Decisión del Parlamento Europeo sobre la incorporación a su Reglamento de una lista de documentos directamente accesibles a través del registro de documentos del Parlamento (2002/2055(REG)). Aprobada por el Parlamento Europeo el 14 de mayo de 2002 (P5_TAPROV(2002)0216, pág. 19);

Asimismo destaca la “Guía de las obligaciones de los funcionarios y agentes del Parlamento Europeo - código de buena conducta”.

La mayor parte de los documentos oficiales del Parlamento ya son directamente accesibles por *Europarl*.

El Parlamento dispone de toda su información sobre acceso en <http://www4.europarl.eu.int/registre/recherche/RechercheSimplifiee.cfm?langue=ES> y en http://www4.europarl.eu.int/registre/recherche/info_es.cfm

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

1. Su vinculación con la apertura y la participación. El Reglamento, según se afirma en su preámbulo se adopta bajo la finalidad de la apertura proclamada en el artículo 1 del Tratado de la Unión, en el marco del cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible²⁵. Se señala que se integra en el marco de “iniciativas ya adoptadas por las instituciones con vistas a aumentar la transparencia del proceso de toma de decisiones.”²⁶

Ahora bien, como ya se adelantó, no se ha regulado, ni en los tratados, ni en este reglamento el derecho de participación: Por lo que de momento, la transparencia queda huérfana de su correlativo derecho de participación. También, desde el punto de vista de la dación de cuentas y la legitimación de la Unión, cabe apuntar que:

-No hay referencia concreta al “control de las instituciones”.

-No se regula la publicidad de la estructura y organización de las instituciones.

-No se regula la publicación de las agendas, los calendarios, dónde se conservan, etc.

Únicamente, cabe mencionar, se establece un énfasis en la necesidad de facilitar “el acceso directo [a los registros y documentos] a los documentos elaborados o recibidos en el marco de un procedimiento legislativo” (art. 2. 4º) y, en particular, para el caso del acceso por la red (art. 12. 2º). También sin forma imperativa se dispone que “se debería facilitar el acceso directo a otros documentos, en particular los relativos a la elaboración de políticas o estrategias.” (art. 12. 3º).

2-Titular y objeto del derecho. Ya en el ámbito de lo regulado, desde el punto de vista subjetivo, puede subrayarse la visión generosa de los “beneficiarios” del derecho, al reconocerse a todo ciudadano, residente y persona jurídica, incluso con la posibilidad de que lo ejerza cualquier persona, tan siquiera sita en territorio de la Unión siendo extracomunitario²⁷. Desde el punto de vista objetivo, el derecho de

²⁵ En el considerando 2 se recuerda que “[l]a apertura permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. La apertura contribuye a reforzar los principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 6 del Tratado UE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.”

²⁶ Considerando nº 3.

²⁷ Artículo 2 Beneficiarios y ámbito de aplicación

1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tiene derecho a acceder a los documentos de las

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

acceso se reconoce “a todos los documentos²⁸ que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea.” Lo cual implica la inclusión de los documentos de los que no son autores las instituciones sino que los han recibido. En este punto, se reconoce un derecho de veto de los Estados para que no se hagan públicos los documentos en poder de las instituciones de los que ellos son autores²⁹.

3-Sistema de excepciones. Se unifica el sistema de excepciones para las tres instituciones, por lo que éstas sólo pueden ser cambiadas en virtud de una codecisión. En general, se percibe con claridad el principio restrictivo de todo límite o “excepción” al derecho, que preside la interpretación de las limitaciones. Sin perjuicio de ello, el sistema de excepciones es bastante novedoso, más detallado que el sistema anterior, si bien, con nuevas excepciones que pueden llevar a ampliar las denegaciones a los accesos solicitados.

Las excepciones se dividen según los bienes a proteger, a saber:

-“el interés público, por lo que respecta a: la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales, la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro (art. 4. 1 a)

-la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales (art. 4. 1 b).

- los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual (art. 4. 2º),

- los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico (art. 4. 2º),

instituciones, con arreglo a los principios, condiciones y límites que se definen en el presente Reglamento.

2. Con arreglo a los mismos principios, condiciones y límites, las instituciones podrán conceder el acceso a los documentos a toda persona física o jurídica que no resida ni tenga su domicilio social en un Estado miembro.

²⁸ Se define “documento” como “a) “documento”, todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución”, (Art. 3 a).

²⁹ Así, el artículo 4. 5º dispone que “Un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado”. Ello es así de conformidad a la Declaración nº 35 aneja al Acta final del Tratado de Amsterdam que prevé que un Estado miembro podrá solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Cavero (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior (art. 4. 2º).

-protección de la toma de decisiones, siempre que pueda “perjudicar gravemente” la misma y salvo interés público superior (art. 4. 3º)³⁰:

Las excepciones perduran mientras se dé la justificación, hasta un máximo de 30 años (art. 4. 7.º), plazo que incluso puede ampliarse respecto de la protección de la intimidad, intereses comerciales y documentos sensibles.

4- Nuevos “documentos sensibles”. Precisamente, tales “documentos sensibles” constituyen una novedad, criticada desde diversos sectores”. Según se expone en el preámbulo “determinados documentos deben recibir un tratamiento especial³¹. Las condiciones en las que el Parlamento Europeo será informado del contenido de dichos documentos deben establecerse mediante acuerdo interinstitucional.” Tales documentos se clasifican en tres niveles y van dirigidos a preservar, en particular, “la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares” (artículo 9. 1º), y sobre los mismos se incrementan sus garantías de opacidad³².

5-Procedimiento. El procedimiento de acceso se configura en dos fases, ofreciendo la posibilidad adicional de presentar recurso judicial o reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo. La solicitud es escrita, permitiéndose el formato electrónico. Se requiere la identificación del solicitante (lo cual se ha criticado), sin que sea preciso justificar la solicitud (art. 6). Se establecen determinados plazos para la resolución (15 días laborables) (art. 7. 1º), ampliable a 15 días más para el caso de documentos muy extensos o gran número de documentos (art. 7. 3º), considerándose el silencio de forma positiva (art. 7. 4º). Para estos supuestos se dispone que “En el caso de una

³⁰ “Se denegará el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior.

Se denegará el acceso a un documento que contenga opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión, si la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior.”

³¹ Considerando nº 9.

³² Sólo personal autorizado tiene acceso a ellos y se permiten particularidades de lo que sobre ellos debe constar en el registro, incluso su no inclusión (art. 9. 2º y 3º). La motivación en la denegación a estos documentos no puede descubrir su contenido (art. 9. 4º).

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

solicitud de un documento de gran extensión o de un gran número de documentos, la institución podrá tratar de llegar a un arreglo amistoso y equitativo con el solicitante.” (art. 6. 3º).

6- Acceso a los documentos. Si se concede el acceso, se reconoce (siendo esto una novedad) la posibilidad de acceder a la documentación o a una copia según prefiera el accedente (art. 10. 1º). Por cuanto al coste, el principio es el de no lucro para las instituciones y gratuidad en lo posible³³.

Se reconoce asimismo la posibilidad de acceder a documentos ya publicados, si bien se prevé la información sobre dónde obtener dicha documentación ya publicada (art. 7. 2º).

También, y siguiendo las imposiciones de la jurisprudencia, se reconoce el derecho de acceso parcial, “En el caso de que las excepciones previstas se apliquen únicamente a determinadas partes del documento solicitado, las demás partes se divulgarán”. (art. 4. 6º)

7-Sistemas de registro y acceso por internet. Por último, cabe destacar que la novedad de la regulación se da también por la integración de las solicitudes y acceso a los registros por medios electrónicos. Esta posibilidad, obviamente dota de gran eficacia y realidad a la posibilidad de ejercicio del derecho de acceso. El registro público es obligatorio, no así su acceso por medios electrónicos (“se debería facilitar” (art. 11. 1º y art. 12 “en la medida de lo posible”). Se insiste en facilitar por estos medios la información de los procesos legislativos (art. 12. 2º). El registro incluye una serie de información mínima, siempre sin perjudicar los intereses protegibles (art. 11. 2º). No obstante, se ha censurado que la exigencia de registro de toda documentación no es rotunda y permite *esconder* la existencia de algunos documentos (como en el caso de los documentos sensibles).

Más allá de cuestiones particulares³⁴, el balance global de la nueva normativa de 2001 es positivo por cuanto que recoge diversos avances

³³ Así, se dispone que la gratuidad hasta 20 páginas así como para el acceso electrónico. Se impone que los precios “no excederán el coste real de la realización y del envío de las copias”.

³⁴ También en general así lo consideran MAES, Marc, “The ‘New’ Regulation on Access to Documents”, en DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 199-208 y PEERS, Steve, “The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis”, en *Handbook on European Law* y en *Queen’s Papers on Europeanisation* No 6/2002, disponible en <http://netec.mcc.ac.uk/WoPEc/data/Papers/erpqueensp0022.html>. Recientemente, también, DE LEEUW, Magdalena E. “The regulation on public access to European Parliament, Council and Comisión documents in the European Union: are citizens better off”, en *European Law Review*, vol. 28, nº. 4, julio de 2003, págs. 324-348.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

jurisprudenciales y, por ende, una mayor expansión del derecho de acceso (acceso parcial, regla de autor, etc.). Asimismo desde el punto de vista técnico se contienen por lo general mejoras, si bien habrá de comprobarse desde la práctica de las instituciones el juego que produce la introducción de nuevas excepciones. Del mismo modo, las exigencias respecto de los registros son algo laxas, en especial por cuanto a la disposición por internet, si bien todo parece indicar que se implantarán los registros electrónicos –como ya lo ha hecho el europarlamento-. También puede considerarse positivo que se haya fijado el plazo de contestación, la posibilidad de elección entre el acceso al documento o una copia, la inclusión en el derecho de acceso de los documentos publicados en el *Diario Oficial*. La inclusión de nuevas excepciones y la categoría de “documentos sensibles” centran algunos temores. No obstante, y desde el punto de vista que aquí interesa, quizá lo más censurable resulte como se ha adelantado, que la regulación eluda las finalidades de las que la transparencia es instrumento, condensadas en el binomio control-participación. Asimismo, como a continuación se observa, la situación de la expansión vertical y horizontal del acceso a los documentos queda algo en el aire.

4. La extensión horizontal y vertical del acceso

La regulación del acceso en otras instituciones órganos y, en especial, agencias independientes (expansión horizontal)

1. Como se ha señalado, el artículo 255 TCE sólo comprende a las tres instituciones básicas, pero no al resto de instituciones, órganos y agencias. Es éste uno de los factores por los que la consideración de este derecho como principio general del ordenamiento jurídico comunitario o derecho fundamental puede adquirir alguna relevancia. El mismo Reglamento en su preámbulo, afirma que “Con objeto de garantizar la plena aplicación del presente Reglamento a todas las actividades de la Unión, las agencias creadas por las instituciones deben aplicar los principios establecidos en el presente Reglamento”³⁵ Asimismo, al poco de la aprobación del Reglamento, Parlamento, Comisión y Consejo emitieron una Declaración conjunta relativa al Reglamento³⁶, con el siguiente tenor:

³⁵ Considerando nº 8.

³⁶ DOCE nº L 145 de 31.5.2001, pág. 43.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

“1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión acuerdan que las agencias y organismos similares creados por el legislador establecerán normas relativas al acceso a sus documentos conformes a las normas contempladas en el presente Reglamento. A estos efectos, el Parlamento Europeo y el Consejo se congratulan de la intención de la Comisión de proponer en breve modificaciones de los actos constitutivos de las agencias y organismos existentes, y de incluir las disposiciones en las futuras propuestas de constitución de dichas agencias y organismos. Se comprometen a adoptar rápidamente los actos necesarios.

2. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión piden a las instituciones y organismos no contemplados en el apartado 1 que adopten normas internas relativas al acceso del público a los documentos que tengan en cuenta los principios y límites del presente Reglamento.”

2. En este sentido, en una multiplicidad de decisiones, en muchos casos estimuladas por el Defensor del Pueblo Europeo en 1996, comenzaron a adoptarse normas por otras instituciones y órganos comunitarios. Así, ya a finales de 1997 catorce instituciones y órganos³⁷ adoptaron o acordaron que lo harían sus normas de accesos. Sólo el Tribunal de Justicia Europea no adoptó su normativa en razón de su particular actividad y naturaleza. La mayoría de estas normas son muy similares a las de la Comisión y el Consejo, salvo la más restrictiva del Banco de Inversiones³⁸ Estas normativas en principio han de ir adaptándose a la nueva norma de 2001, si bien, pueden también permanecer en la medida en la que ya respeten sus “principios”. Como con acierto se ha apuntado, aunque el artículo 255 no afecta a todos, ni su desarrollo en el Reglamento de 2001, la lógica impone una normativa coherente, sobre la premisa de que la documentación pasa con facilidad de una a otra agencia, órgano o

³⁷ Parlamento, Tribunal de Cuentas, Consejo Económico y social, Comité de las Regiones, Banco Europeo de Inversiones, Instituto Monetario Europeo, Agencia Europea del Medio Ambiente, Fundación Europea para la Formación, CEDEFOP, Agencia Europea de Evaluación Farmacéutica, Oficina para la Armonización del Mercado Interno, Centro de Traducciones, Centro Europeo de Seguimiento de la Drogadicción, Fundación Europea para la Mejora de las condiciones de Vida y Trabajo.

³⁸ Un acercamiento a alguna de estas normativas de los órganos e instituciones, puede seguirse en PÉREZ CASTILLO, Elena, “La transparencia en el funcionamiento de la Unión Europea: el acceso público a los documentos de sus instituciones y órganos” , en *Revista Vasca de Administración Pública* nº 56, 2000, págs. 349-385, págs. 352-382.

Al respecto, ver también, PEERS, Steve, “From Maastricht to Laeken... cit. págs. 8 y ss. y 32 y ss.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

institución: De otra parte, pese a que su contenido normativo es difuso, debe recordarse que la exigencia de una Unión tan abierta como sea posible (art. 1 TUE) es de aplicabilidad general³⁹.

3. El mayor interés parece suscitarse por cuanto a la constelación de agencias independientes⁴⁰ (una docena de momento) que se van desarrollando y cada vez adquieren mayor importancia, tanto por los fondos que gestionan (recientemente se han advertido serias “irregularidades” en el ámbito de la estadística europea) como, en especial por la información especializada que manejan (la mayoría de las agencias son, precisamente, de recopilación informativa). Además no hay que olvidar que las perspectivas son las de crecimiento respecto de las agencias reguladoras, como se expresa en el Libro Blanco de la Gobernanza europea, donde se expresa que “Los Reglamentos por los que se crean estas agencias deberían fijar los límites de sus actividades y competencias, sus responsabilidades y requisitos de transparencia.”⁴¹

En una visión prospectiva cabe ya adelantar que el artículo 49 del Proyecto de Constitución presentado en julio de 2003 dispone en su apartado sobre el particular que

“5. Cada institución, organismo o agencia mencionado en el apartado 3 [no se distingue ninguna en particular] establecerá en su reglamento interno las disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con la ley europea prevista en el apartado 4.”

Asimismo, hay que tener en cuenta el apartado 1 del artículo III-305⁴²:

“1. Las instituciones, organismos y agencias de la Unión reconocen la importancia de la transparencia de sus trabajos, y definirán en sus reglamentos internos, en aplicación del artículo I-

³⁹ CURTIN, Deirdre M. “Citizens’ Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital *Passepartout*?”, en *Common Market Law Review* 37, , 2000, págs. 7–41 pág. 28.

⁴⁰ Dudas particulares al respecto se contienen en CURTIN, Deirdre M. y DEKKER, Ige F., “Governance as a Legal Concept within the European Union: Purpose and Principles”, en *International Law FORUM du droit international* 4: 134–148, 2002, pág. 146, donde se afirma que parece que se ha preferido frenar la opción de los comités buscando refugio en las más funcionales e independientes agencias, y se preguntan los autores si “¿se aplicarán a estas los principios de apertura y transparencia?”

⁴¹ Libro Blanco de la Gobernanza europea, pág. 26.

⁴² Parte III, “De las políticas y el funcionamiento de la Unión”, Título VI, “Del funcionamiento de la Unión”, Capítulo I “Disposiciones institucionales”, Sección 4, “Disposiciones comunes a las instituciones, organismos y agencias de la Unión”.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

49, las disposiciones específicas relativas al acceso del público a los documentos. El Tribunal de Justicia y el Banco Central Europeo estarán sujetos a las disposiciones del apartado 3 del artículo I-49 cuando ejerzan funciones administrativas.”

De este modo, y de ser aprobada la Constitución con este tenor, el Reglamento de 2001 (“Ley europea” en el nuevo sistema de fuentes) pasaría a regir también para toda institución, organismo o agencia, sin perjuicio de las adaptaciones en la normativa interna. De ser así, ello lleva a pensar en una reforma del Reglamento actualmente vigente para adaptarlo a las especificidades que puedan requerir cada una de las instituciones, órganos y agencias y dotar de cobertura las mismas.

El alcance del derecho de acceso en los tradicionalmente opacos comités, grupos y comitología (expansión vertical)

1. Resulta incuestionable la importancia de los comités, grupos y comitología en la dinámica real de funcionamiento de la Unión⁴³. Cientos de grupos de tecnócratas se reúnen en estos grupos de expertos y comités para preparar decisiones a las que luego la Comisión o el Consejo en muchas ocasiones simplemente dan el visto bueno. Se les ha considerado tradicionalmente como uno de los ámbitos más opacos y absolutamente alejados de cualquier percepción ciudadana⁴⁴. No se suele saber quiénes forman parte de ellos, cuál es su agenda y puntos del orden del día, cuáles son las fuentes que manejan, sus posiciones particulares, etc. Es por ello que la transparencia en estos verdaderos focos de poder en una Unión tecnocratizada resulta bien importante.

⁴³ Al respecto, no sin la necesidad de entrar en matizaciones, por todos cabe remitir a quien una de las máximas autoridades en comités y comitología, Christian Joerges, quien en diversos de sus trabajos desde 1997 parece interpretar el fenómeno de la comitología bajo el ideal habermasiano (inicialmente en JOERGES, Christian, y NEYER, Jurgen, “From intergovernmental bargaining to deliberative political process: The constitutionalization of comitology”, 1997), 3 *European Law Journal*, págs. 273 y ss. De sus múltiples trabajos cabe remitir al multidisciplinar y colectivo estudio JOERGES, Christian y VOS, Ellen (eds.), *EU: Committes: Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 1999. El mismo incluye 18 contribuciones del todo valiosas.

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, Dryberg afirma que “sin exagerar, se puede decir que los comités constituyen un gran elementos de oscuridad en la organizaiicón de la Comunidad.” Así, en DYRBERG, Peter, “Current issues in the debate on public access to documents”, en *European Law Review*, 1999, 24(2), 157-170, pág. 167.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Un paso central en aras de su transparencia se dio con la Decisión 1999/468, de 28 de junio de 1999, que reemplazaba a la antigua Decisión 87/373/CEE, de 13 de julio de 1987. Precisamente, según su exposición de motivos, dos de las cuatro causas de la adopción de la nueva norma residen en mejorar tanto la información al Parlamento Europeo⁴⁵ como las normas de acceso en general⁴⁶. La nueva norma, en su artículo 7. 2º dispone que “Serán aplicables a los Comités los principios y condiciones sobre acceso del público a los documentos aplicables a la Comisión.” Asimismo también se regula la “información regular” al Parlamento Europeo quien debe recibir obligatoriamente una serie de información al respecto⁴⁷.

2. Y es que la jurisprudencia ha sido meridianamente clara: los comités y los grupos, al no contar con personalidad, administración, etc. se les debe considerar jurídicamente parte de la Comisión o del Consejo en el marco del cual actúen, así:

“denegar el acceso a las actas de los numerosos comités de comitología equivaldría a limitar considerablemente el derecho de acceso a los documentos, lo que no concuerda con el objetivo mismo de ese derecho” “procede considerar que, a efectos de la normativa comunitaria en materia de acceso a los documentos, los comités denominados de «comitología» dependen de la propia

⁴⁵ Así se afirma en el Considerando nº 10:

“El tercer objetivo de la presente Decisión es mejorar la información del Parlamento Europeo, previendo que la Comisión le informe periódicamente acerca de los procedimientos de comité, que la Comisión remita al Parlamento Europeo documentos relacionados con las actividades de los Comités y que le informe siempre que la Comisión remita al Consejo medidas o propuestas de medidas para su adopción”.

⁴⁶ Así se afirma en el Considerando nº 11:

“El cuarto objetivo de la presente Decisión es mejorar la información del público respecto de los procedimientos de comité, y por lo tanto hacer aplicables a los Comités los principios y las condiciones relativos al acceso del público a los documentos, aplicables a la Comisión, elaborar una lista de todos los Comités que colaboran con la Comisión en el ejercicio de sus competencias de ejecución así como un informe anual sobre los trabajos de los Comités, que deberá publicarse, y disponer que todas las referencias a documentos relacionados con los Comités que se hayan remitido al Parlamento Europeo figuren en un registro accesible al público”.

⁴⁷ Artículo 7. 3º: “3. La Comisión informará regularmente al Parlamento Europeo de los trabajos de los Comités. A tal efecto, el Parlamento Europeo recibirá el orden del día de las reuniones de los Comités, los proyectos presentados a los Comités relativos a medidas de ejecución de actos adoptados con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado, así como el resultado de las votaciones, las actas resumidas de las reuniones y las listas de las autoridades y organismos a que pertenezcan las personas nombradas por los Estados miembros para que los representen. Asimismo, se informará al Parlamento Europeo siempre que la Comisión transmita al Consejo medidas o propuestas de medidas para su adopción.”

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Comisión. Por lo tanto, corresponde a ésta resolver las solicitudes de acceso a los documentos de dichos comités, como las actas controvertidas.” (§ 61)⁴⁸

Siendo así, sí que deben aplicarse las normas y derecho de acceso. Ello no obsta para la posible aplicación de excepciones en el ámbito de la toma de decisiones, si bien, la tendencia hacia la apertura debe subrayarse precisamente por tratarse de la toma de decisiones, principio que, como se ha fijado, aunque vagamente, se recoge en el Reglamento de 2001. En este sentido, esta norma en su preámbulo afirma:

“Se debe proporcionar un mayor acceso a los documentos en los casos en que las instituciones actúen en su capacidad legislativa, incluso por delegación de poderes, al mismo tiempo que se preserva la eficacia de su procedimiento de toma de decisiones. Se debe dar acceso directo a dichos documentos en la mayor medida posible.”⁴⁹

III. La inminente fundamentalización y constitucionalización del derecho de acceso y la transparencia

El “tren” de la emergencia del derecho de acceso y la transparencia en el ámbito de la Unión Europea no se ha parado, ni mucho menos en su reconocimiento en los tratados y el desarrollo normativo en el Reglamento de 2001 y las normas internas de las instituciones, órganos y agencias. El siguiente acto en esta representación se expresa en dos instrumentos decisivos: la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 y el Proyecto de Constitución de la Unión Europea de julio de 2003. Estos dos marcos de referencia expresan la verdadera emergencia política y jurídica de la transparencia y en concreto del derecho de

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera ampliada) de 19 de julio de 1999, en el Asunto T-188/97, Rothmans International BV contra Comisión. La misma se anuló la decisión de la Comisión que anuló el acceso a documentos del Comité del Código aduanero.

El Tribunal, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera), de 10 de octubre de 2001, asunto T-111/00, British American Tobacco International (Investments) Ltd, contra Comisión en § 38 reiteró los mismos argumentos.

Por cuanto la vinculación de los comités a la institución: ya en la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 1998 en el Caso Case C-263/95, Alemania contra la Comisión el Tribunal anuló una decisión de la Comisión porque el comité que la adoptó vulneró las normas de procedimiento.

⁴⁹ Considerando nº 6.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

acceso en la integración, a través de su fundamentalización y constitucionalización. Se recogen a continuación tales expresiones para abordar, luego, la posible significación de estos procesos.

1. El derecho de acceso en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza los días 7 a 9 de diciembre de 2000. De la misma⁵⁰, interesa en particular recordar⁵¹, el reconocimiento directo en el artículo 40 del “Derecho de acceso a los documentos”⁵²:

“Todo ciudadano de la Unión, así como 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.

Dado que este derecho es el reconocido en el artículo 255 del TCCE, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 52, se aplicará en las condiciones determinadas por el Tratado.”

A la vista del tenor de dicho precepto, que expresamente remite a la regulación de este derecho en el Tratado, lo más significativo de la recepción en la Carta de los derechos fundamentales de este derecho

⁵⁰ La literatura sobre la carta es ya muy abundante, entre otros para su contextualización, puede remitirse a FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales, Colección Ideas y Políticas Constitucionales*, Valencia, 2002. Respecto de la Carta misma, por todos, el espléndido informe EU Network of independent experts in fundamental rights, *Report on the situation of fundamental rights in the European Union and its member states in 2002*, a solicitud de la Dirección General de Justicia y Asuntos interiores, 2003, de 270 páginas.

⁵¹ Como se dijo en su momento, se ha optado por distanciar el tratamiento de la transparencia de los conexos derechos de acceso al expediente y de motivación. Tales derechos forman parte del “nuevo” derecho fundamental a la buena administración reconocido en el artículo 41 que incluye (aptdo. 2. 2º) “el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional de los asuntos” así como (aptdo. 3) “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.”

⁵² Cabe remitir a la excelente página del Parlamento relativa a la Carta, en concreto respecto del derecho de acceso. En la misma se encuentran todos los trabajos y discusiones preparatorias y deliberatorias del texto finalmente adoptado, así como toda la normativa internacional vinculada y la jurisprudencia comunitaria. Ver, http://www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art42/default_en.htm

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

es, precisamente esto, el ser incluido como “derecho fundamental” de la Unión, con la trascendencia jurídica y política que ello impone.

Y cabe señalar, que en el ámbito del proceso constituyente, este artículo –con el resto de la carta- ha pasado a engrosar el Proyecto constitucional, al haberse integrado la Carta en su parte III, con muy ligeras modificaciones “técnicas”⁵³ tal y como fueron propuestas por el Grupo II “Carta” en octubre de 2002, que no afectan en modo alguno al ámbito del acceso a los documentos⁵⁴.

2. Transparencia y acceso a los documentos en el proceso constituyente europeo y sus textos

1. El Consejo Europeo de Laeken 14 y 15 de diciembre de 2001, en su Anexo I a sus Conclusiones formuló la “Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea”⁵⁵. Bajo el encargo de un documento final preparatorio de la próxima Conferencia Intergubernamental la Convención constituida en marzo de 2002 ha ido mucho más lejos de su habilitación inicial y su “documento final” no es ni más ni menos que un texto articulado y consensuado de “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” de más de tres cientos artículos⁵⁶. Ya en tal encomienda de Laeken la transparencia volvía a ser un elemento basilar⁵⁷.

⁵³ Informe final del Grupo II (Grupo “Carta”) presentado a la Convención Europea en su sesión plenaria de 28 y 29 de octubre de 2002, presidido por António Vitorino, bajo el título “Los derechos fundamentales: parte integrante del Futuro tratado constitucional, “puntos 4”, (CONV 354/02, WG II 16), el mismo, de 17 páginas, es accesible en la red.

⁵⁴ Se trata de la reforma de los artículos 51 y 52, que no recogen derechos en sí, sino que concretan su alcance y ámbitos.

⁵⁵ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken 14 y 15 de diciembre de 2001 SN 300/1/01 REV 1. Así como, en particular el Anexo I, “Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea”, págs. 19-29, SN 300/1/01 REV 1 17

⁵⁶ El Proyecto de Constitución se entregó al Presidente del Consejo Europeo en Roma el pasado 18 de julio de 2003, y fue adoptado por consenso por la convención el 13 de junio y el 10 de julio de 2003. Sus Partes I y II del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa fueron entregadas al Consejo Europeo reunido en Salónica el 20 de junio de 2003.

El texto que se sigue es el dispuesto en el sitio Europa, por la Secretaría de la Convención Europea, Bruselas, 18 de julio de 2003, (OR. fr), CONV 850/03 (n.º docs. prec.: CONV 820/1/03 REV 1, CONV 847/03, CONV 848/03=)

⁵⁷ Bajo la pretensión de un acercamiento al ciudadano, en particular en el segundo apartado del Anexo, (“Retos y reformas en una Unión renovada”) se iniciaba con la afirmación de que “La Unión debe llegar a ser más democrática, transparente y eficaz”, con “tres desafíos fundamentales”: ¿cómo acercar a los ciudadanos y, en primer lugar, a los jóvenes al proyecto europeo y a las Instituciones europeas? ¿Cómo estructurar la vida política y el espacio político europeo en una Unión ampliada? ¿Cómo hacer que la Unión se convierta en un factor de

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

2. El Anteproyecto de Tratado Constitucional, de 28 de octubre de 2002⁵⁸ incluía un Título VI, “De la vida democrática de la Unión” que contenía cinco artículos de los que sólo se citaba su tema, a saber: “Principio de igualdad democrática de los ciudadanos” (artículo 33); “principio de democracia participativa” (artículo 34); “Ley electoral uniforme para la elección al Parlamento Europeo” (artículo 35); “Transparencia de los debates legislativos de la Unión” (art. 36) y “Reglas de votación de las Instituciones de la Unión” (art. 37).

Del principio de democracia participativa se concretaba⁵⁹ que “Las Instituciones garantizarán un elevado grado de transparencia que permita a las distintas formas de asociación de los ciudadanos participar en la vida de la Unión.” Ya concretamente en el ámbito de la transparencia, del artículo 36 se decía que “establece la norma de la publicidad de las deliberaciones legislativas del Parlamento Europeo y del Consejo, en su forma legislativa.”

3. Ya en el texto del Proyecto de Constitución de julio de 2003, en su prefacio se dice que “Convención ha hallado respuestas a las preguntas planteadas en la Declaración de Laeken” y “propone medidas para aumentar la democracia, la transparencia y la eficacia de la Unión Europea impulsando la aportación de los parlamentos nacionales a la legitimidad del proyecto europeo, simplificando el procedimiento decisorio y haciendo más transparente y comprensible el funcionamiento de las instituciones europeas”.

La referencia a la transparencia se da también en el “Preámbulo” del Proyecto, al afirmarse el “convencimiento de que la Europa ahora reunida... desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública”.

En la Primera Parte del texto se incluye el Título VI, “De la vida democrática de la Unión”, que ahora ocupa los artículos 44 a 51: igualdad democrática (art. 44); democracia representativa (art. 45), democracia participativa (art. 46); interlocutores sociales y diálogo

estabilidad y en un modelo en el nuevo mundo multipolar? En su sistema de cuestiones abiertas se decía:

“Para conseguir una mayor transparencia ¿deben ser públicas las sesiones del Consejo, al menos cuando el Consejo actúa en su calidad de legislador? ¿Debe el ciudadano tener mayor acceso a los documentos del Consejo?”

⁵⁸ Anteproyecto de Tratado Constitucional, Secretaría de la Convención Europea, Bruselas, 28 de octubre de 2002, (OR. fr), CONV 369/02 elaborado por el Praesidium, para presentación en la sesión plenaria del 28 de octubre de 2002. El mismo mismo constituía un “esqueleto” articulado pero no completado de lo que entonces se calificaba de “Tratado constitucional”.

⁵⁹ Así, en la parte “B” del Anteproyecto, que incluía una “breve exposición del texto”, pág. 8.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

social autónomo (art. 47); Defensor del Pueblo Europeo (art. 48), así como protección de datos (art. 50) y Estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales (art. 51).

El artículo 49 de este Título se intitula “Transparencia de los trabajos de las instituciones de la Unión”, y finalmente⁶⁰ dispone que:

“1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, organismos y agencias de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.

2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo de Ministros en las que éste examine o adopte una propuesta legislativa.

3. Todo ciudadano de la Unión y 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, organismos y agencias de la Unión, en las condiciones establecidas en la Parte III [artículo 40 de la Carta de los derechos fundamentales, ya visto], cualquiera que sea la forma en que estén elaborados dichos documentos.

4. Los principios generales y los límites que regularán, por motivos de interés público o privado, el ejercicio del derecho a acceder a dichos documentos se fijarán mediante leyes europeas.

5. Cada institución, organismo o agencia mencionado en el apartado 3 establecerá en su reglamento interno las disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con la ley europea prevista en el apartado 4.”

Asimismo, hay que tener en cuenta también el artículo III-305⁶¹:

“1. Las instituciones, organismos y agencias de la Unión reconocen la importancia de la transparencia de sus trabajos, y definirán en sus reglamentos internos, en aplicación del artículo I-49, las disposiciones específicas relativas al acceso del público a los documentos. El Tribunal de Justicia y el Banco Central Europeo

⁶⁰ El texto de todas las treinta y seis enmiendas presentadas a este precepto (antiguo artículo 36 del Anteproyecto) puede seguirse en <http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/36/global36.pdf> (21/8/2003).

⁶¹ Parte III, “De las políticas y el funcionamiento de la Unión”, Título VI, “Del funcionamiento de la Unión”, Capítulo I “Disposiciones institucionales”, Sección 4, “Disposiciones comunes a las instituciones, organismos y agencias de la Unión”.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

estarán sujetos a las disposiciones del apartado 3 del artículo I-49 cuando ejerzan funciones administrativas.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros velarán por que se hagan públicos los documentos relativos a los procedimientos legislativos.”

De igual modo, se reiteran diversas referencias a la transparencia y apertura en el artículo 45 (apartado 3º, principio de apertura)⁶² y, en particular, en el artículo 46 vinculado a la “democracia participativa”⁶³ por cuanto al “diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.” (apartado 2) y en tanto que se dispone que “Al objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.” (apartado 3).

5. A la vista de lo dispuesto en estos preceptos, se puede significar en general que la transparencia se conecta constitucionalmente con la garantía de “la buena gobernanza” y “la participación de la sociedad civil”. Destaca obviamente la afirmación de la necesidad de publicidad de las sesiones del Consejo de Ministros en su actividad (“examine o adopte”) legislativa. Ello no es sino expresión de la reciente regulación del Reglamento del Consejo de la Unión Europea, aprobado por

⁶² Artículo 45: Principio de democracia representativa

1. El funcionamiento de la Unión se basa en el principio de la democracia representativa.
2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo y en el Consejo de Ministros por sus gobiernos, que serán responsables ante los parlamentos nacionales elegidos por sus ciudadanos.

3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.

4. Los partidos políticos de dimensión europea contribuyen a la formación política de la conciencia europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.

⁶³ Artículo 46: Principio de democracia participativa

1. Las instituciones de la Unión darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de acción de la Unión.

2. Las instituciones de la Unión mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.

3. Al objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.

4. Podrá pedirse a la Comisión, por iniciativa de al menos un millón de ciudadanos de la Unión procedentes de un número significativo de Estados miembros, que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen requiere un acto jurídico de la Unión a efectos de la aplicación de la Constitución. Las disposiciones relativas a las condiciones y procedimientos específicos por los que se regirá la presentación de esta iniciativa ciudadana se establecerán mediante leyes europeas.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Decisión del Consejo de 22 de agosto de 2002, 2002/682/CE, Euroatom que incluyó la publicidad del Consejo tras la expresa indicación del Consejo Europeo de Sevilla de 2002. Dichas querencias se reflejaron en el artículo 8 de dicho nuevo Reglamento, relativo a las “deliberaciones del Consejo abiertas al público y debates públicos”, así como el artículo 9 sobre la “Publicidad de las votaciones, explicaciones de voto y actos”. Con ello parece ponerse fin a lo que en 1995 la parlamentaria Elmar Brok afirmaba:

“a veces tengo el sentimiento de que sólo quedan dos cuerpos legislativos que no se reúnen en público, cuyas actas no se publican y el comportamiento de cuyos miembros siguen siendo secreto, que son el Congreso del Pueblo de Pekín y el Consejo de Ministros de Bruselas. Pero a veces incluso el Congreso del Pueblo permite entrar a los periodistas.”⁶⁴

Por cuanto al derecho de acceso, como ya se ha adelantado, el texto actual y combinado de estos preceptos extiende este derecho al ámbito de todas las instituciones, órganos y agencias, ya no restringiéndolo al Parlamento, Consejo y Comisión como en el artículo 255 TCE, artículo 40 de la Carta (también integrado en la Constitución) y el actual Reglamento de 2001.

3. La trascendencia jurídica y política de la fundamentalización y constitucionalización de la transparencia y el acceso

Ha sido básicamente desde el debate jurídico desde donde se han centrado los análisis sobre la naturaleza del derecho de acceso a los documentos, como “simple” derecho –reconocido por los tratados- o como principio general del ordenamiento jurídico comunitario y derecho fundamental.

Todo hay que decir que la trascendencia de estas consideraciones no es excesiva tan siquiera desde el estricto punto de vista jurídico en virtud de la situación actual normativa⁶⁵. La jurisprudencia comunitaria

⁶⁴ BROK, Elmar, en AA.VV. *Seminario sobre apertura y transparencia en las instituciones europeas* (celebrado en Bruselas en 1995), Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1996, págs. 19 y ss.

⁶⁵ Entre otros, PEERS, Steve, “From Maastricht to Laeken:... cit. pág. 31 duda de la trascendencia de la cuestión. En este sentido, Nâome, aun cuestionándose la importancia de la cuestión (pág 190), considera que quizá algunas de las decisiones habidas en la jurisprudencia podrían haber variado de considerarse el acceso como derecho fundamental. Así en los casos Carlsen (donde se creó una nueva excepción de interés público), Hautala (en la que se considero de forma limitativa el volumen de los documentos o en el caso Brighina (con relación a la

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ha eludido enfrentar directamente la cuestión, inclinándose al fin por no considerar el derecho de acceso, todavía, como fundamental⁶⁶. Aunque la mayoría de la doctrina afirma –y en muchos casos *desea*– que sí nos encontramos ya ante un derecho fundamental y un principio general del Derecho comunitario⁶⁷, lo más razonable es pensar que no lo es, de momento⁶⁸.

jerarquía de fuentes), las decisiones podrían haber variado con la consideración del acceso como derecho fundamental (pág. 192). NAÔME, Caroline, “The Case-Law of the Court of Justice and of the Court of First Instance of the European Communities on Transparency... cit.

⁶⁶ Esta huída se apreciaba con claridad en los casos Holanda/Consejo, Hautala e Interporc II, en particular si se tiene en cuenta la importancia concedida a la cuestión por los Abogados Generales (Tesauro y Légere). Éstos introducían en el debate la naturaleza jurídica de este derecho, pasando un *testigo* al Tribunal que no recogió. En especial, tras la aprobación de la Carta, el Tribunal de Justicia ignoró la cuestión en Hautala y el de Primera instancia en el caso Petrie, donde se afirmaba de forma inequívoca la necesidad de interposición legislativa respecto del derecho de acceso a los documentos reconocido en el artículo 255 CE. Finalmente, cabe señalar que en la reciente sentencia de julio de 2003 que termina la sucesión de casos Interporc, el Tribunal de Justicia⁶⁶ ratifica la sentencia apelada (§ 43) “por no existir en la fecha en la que se adoptó la decisión controvertida un principio o una normativa general de Derecho comunitario que previera expresamente que la Comisión no estaba facultada para adoptar, en ejercicio de su facultad de organización interna, la regla del autor” siendo de aplicación, entonces, la Decisión 94/90.

⁶⁷ Curtin apuesta por que se considere derecho fundamental, siguiendo a BOVENS, *De digitale rechtsstaat: beschouwingen over informatiemaatschappij en Rechtsstaat* (1999, Samsom, Alphen aan de Rijn) que afirma que las fundamentaciones de este derecho requieren su reconocimiento como derecho fundamental CURTIN, Deirdre M. “Citizens’ Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital *Passepartout*?”, cit. págs. 8 y 41.)

Nieto Guerrero afirma, sin mayores argumentos, que el derecho de acceso es un derecho fundamental, fundamento mismo del principio democrático y de la soberanía popular NIETO-GUERRERO LOZANO, Ana M^a, “Luces y sombras del derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, marzo/ abril de 2002, nº 218, págs. 81-102, pág. 102.

Cerrillo considera directamente a la transparencia en sí como principio general del Derecho comunitario, esto es, fuente interpretativa, integradora y parámetro de validez de los actos. CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente. El derecho de acceso a la documentación administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.págs. 57 y ss.

También lo considera así DAVIS Roy W. “Public access to community documents: a fundamental human right?”, *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 3 (1999) N° 8; disponible en <http://eiop.or.at/eiop/texte/1999-008a.htm> (2003).

Dedica su estudio básicamente a analizar los fundamentos de este derecho a fin de captar si tales bases permiten considerarlo como un bien universal digno de la consideración de derecho fundamental.

Asimismo, según es referido en otros estudios, O’NEILL, “The right of access to Community held documentation as a general principle of EC law”, 4 *European Public Law* (1998), pág. 403 afirma que se trata de un principio general.

⁶⁸ En este sentido, comparto el estudio monográfico de Broberg, quien analiza las consecuencias que la consideración de principio general se derivan (pág. 194). A su juicio queda claro que el artículo 255 no pretendía introducirlo como principio, pero puede llegar a serlo, si bien, de momento no lo considera así (pág. 197) y su inclusión en la Carta antes de su virtualidad jurídica y siguiendo la jurisprudencia tampoco lo permite (pág. 198). La conclusión final es no hay

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Obviamente, si se considera el acceso como derecho fundamental éste gana fuerza jurídica. Ello se traduce en las prácticas de las instituciones y la jurisprudencia en una restricción considerable de la interpretación de sus límites en conflictos con otros bienes o derechos protegibles por la vía de excepción. Asimismo, su consideración de principio general y derecho fundamental refuerza su posición con relación a las instituciones, órganos y agencias, puesto que habrán de garantizar este derecho aun sin la referencia expresa a ellos en el artículo 255 TCE, al considerarse éste no como la constitución del derecho, sino como la expresión de este derecho fundamental.

En todo caso, a los efectos que aquí interesan, la “gradual constitucionalización”⁶⁹ del acceso y, en general de la transparencia es un hecho. El impulso político ha quedado constatado no sólo en la actual normativización vigente, sino en la Carta de los derechos fundamentales y en el actual proyecto constitucional. Obviamente, su definitivo alcance jurídico como derecho fundamental y en el marco de la Constitución será un estímulo político –ya mostrado sin que se precise la definitiva concesión de alcance jurídico-, un avance que muestra la emergencia de la transparencia. Y, desde el punto de vista jurídico y de las garantías, su definitiva aprobación e inserción constitucional será un útil refuerzo de su ya actual virtualidad jurídica.

A la vista del ya imparable tren de la fundamentalización y constitucionalización de la transparencia y el acceso, la discusión sobre su naturaleza parece que sólo es cuestión de tiempo. Serán las prácticas de las instituciones, órganos y agencias, las resoluciones de los tribunales quienes confirmen jurídica y políticamente si estamos ante algo tan fundamental. Pero será, sobre todo, el ejercicio efectivo del derecho de acceso y la transparencia en Europa las que permitan vislumbrar si de verdad, nos encontramos ante algo tan decisivo y fundamental para el desarrollo democrático de la Unión Europea, tal y como se quiere hacer ver. Y hasta el momento, todo parecía indicar que se trata de un derecho elitista ejercido con finalidades que poco o nada tienen que ver con las presuntas finalidades de participación y la

base para considerar que es un principio general, y todo parece ser cuestión de tiempo que sea reconocido explícitamente como principio general ante la “gradual constitucionalización” (pág. 204). BROBERG, Morten P., “Acces to documents: a general principle of community law, en *European Law Review*, 2002, págs. 194-205.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 204.

“El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en Libro homenaje a D. Iñigo Caverro (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

consulta⁷⁰. No obstante, la disposición electrónica de información, y entre ella, de los registros y archivos de la Unión Europea, parece que van haciendo que la Unión no sólo sea transparente, sino que sean sus entrañas cada vez más observadas por los ciudadanos europeos. No obstante, el camino por recorrer aún es largo.

⁷⁰ Se hace alusión al estudio empírico de ejercicio del derecho de acceso ante la Comisión y el Consejo, del que se deriva que hasta la fecha no más de uno de cada treinta y tres mil europeos lo han ejercitado, siendo en su mayoría universitarios, abogados y lobbies. No obstante, el acceso electrónico desde su implantación por el Consejo dispara estas cifras y del los algo más de 11 mil solicitudes anuales se llega a las 900 mil a más de cuatro millones de documentos. De igual modo, no puede obviarse que a diario son más de dos millones y medio de documentos los consultados en el sitio web Europa, alcanzándose en 2003 los mil millones de documentos visitados.