

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 18 de julio de 2007¹

1. El Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto por el Reino de Suecia contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 30 de noviembre de 2004, IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comisión (en lo sucesivo, la «sentencia recurrida»),² mediante la que éste desestimó el recurso interpuesto por IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds gGmbH (en lo sucesivo, «IFAW») que tenía por objeto la anulación de una Decisión de la Comisión, de 26 de marzo de 2002, por la que se le denegaba el acceso a determinados documentos relativos al cambio de categoría de un lugar protegido.

2. Según la recurrente en casación, el Tribunal de Primera Instancia consideró indebidamente que el artículo 4, apartado 5, del Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en lo sucesivo, el «Reglamento»),³ que sirve de base a la decisión controvertida, obliga a la institución en cuyo poder obra un docu-

mento originario de un Estado miembro a denegar el acceso al mismo en caso de que este último se oponga a su divulgación.

3. El problema jurídico inherente a este asunto así como los debates a los que dio lugar hacen aflorar las diferencias culturales en materia de transparencia y las enfrentan, tal como se pondrá de manifiesto en el análisis. Diferencia entre la cultura comunitaria que sólo recientemente se convirtió con más o menos fervor a la exigencia de transparencia y la cultura de los países nórdicos, con una tradición antigua y particularmente fuerte en esta materia.⁴ Diferencia asimismo entre las culturas de los Estados miembros, que el procedimiento atestigua, ya que se enfrentaron seis Estados miembros, cuatro intervinieron ante el Tribunal de Primera Instancia y/o ante el Tribunal de Justicia para oponerse a la interpretación adoptada por el Tribunal de Primera Instancia y dos para apoyarla. El asunto y el problema jurídico que plantea también son prueba de interacciones recí-

1 — Lengua original: portugués.

2 — T-168/02, Rec. p. II-4135.

3 — DO L 145, p. 43.

4 — Sobre cómo se evidencia este contraste, véase Ragnemalm, H.: «Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires», *Mélanges G. F. Mancini*, vol. II, ed. Dott. A. Giuffrè, Milán, 1998, p. 809. Me permito recordar simplemente que desde 1766 la Constitución sueca consagra el derecho de acceso del público a los documentos oficiales.

procas entre los distintos derechos relacionados con la transparencia: «alimentadas de transparencias nacionales, las transparencias europeas generan a su vez mutaciones que afectan a los Estados miembros». ⁵ Finalmente, el asunto versa sobre una disposición del Reglamento particularmente sujeta a impugnaciones: en dos años de aplicación de dicho Reglamento, de once recursos interpuestos ante el Tribunal de Primera Instancia contra decisiones negativas de la Comisión, seis versaban sobre la aplicación del artículo 4, apartado 5. ⁶

I. Marco del recurso de casación

4. Para una correcta comprensión de asunto, de su objeto y de la solución propuesta, procede recordar las principales disposiciones aplicables, los hechos y la solución adoptada por el Tribunal de Primera Instancia.

A. Normativa aplicable

5. El artículo 255 CE, apartados 1 y 2, establece:

5 — Rideau, J.: «Jeux d'ombres et de lumières en Europe», en *La transparence dans l'Union européenne: mythe ou principe juridique?*, LGDJ, Paris, 1998, p. 1.

6 — Véase el Informe de la Comisión sobre la aplicación de los principios del Reglamento (CE) n° 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 30 de enero de 2004 [COM (2004) 45 final, punto 3.5.2.]

«1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.»

6. La Declaración n° 35 anexa al Acta final del Tratado de Ámsterdam (en lo sucesivo, la «Declaración n° 35») establece:

«La Conferencia conviene en que los principios y condiciones contemplados en el apartado 1 del artículo 255, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea permitirán a un Estado miembro solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo.»

7. Sobre la base del artículo 255 CE, apartado 2, el Consejo adoptó el Reglamento. Los considerandos cuarto, sexto, noveno, décimo y decimoquinto de dicho Reglamento tienen el siguiente tenor:

«4) El presente Reglamento tiene por objeto garantizar de la manera más completa posible el derecho de acceso del público a los documentos y determinar los principios generales y los límites que han de regularlo de conformidad con el apartado 2, del artículo 255 del Tratado CE.

[...]

6) 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.

[...]

9) Por razón de su contenido altamente sensible, determinados documentos

deben recibir un tratamiento especial. Las condiciones en las que el Parlamento Europeo será informado del contenido de dichos documentos deben establecerse mediante acuerdo interinstitucional.

10) Con objeto de aumentar la apertura de las actividades de las instituciones, conviene que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión permitan el acceso no solamente a los documentos elaborados por las instituciones, sino también a los documentos por ellas recibidos. Al respecto, se recuerda que la Declaración nº 35 aneja al Acta final del Tratado de Amsterdam 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.

[...]

15) Aunque el presente Reglamento no tiene por objeto ni como efecto modificar las legislaciones nacionales en materia de acceso a los documentos, resulta no obstante evidente que, en virtud del principio de cooperación leal que preside las relaciones entre las instituciones y los Estados miembros, estos últimos deben velar por no obstaculizar la correcta aplicación del presente Reglamento y deben respetar las normas de seguridad de las instituciones.»

8. El artículo 1, letra a), del Reglamento [...] dispone:

«Objeto

El objeto del presente Reglamento es:

a) definir los principios, condiciones y límites, por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en lo sucesivo denominadas “las instituciones”) al que se refiere el artículo 255 del Tratado CE, de modo que se garantice el acceso más amplio posible a los documentos».

3. El presente Reglamento será de aplicación a todos los documentos 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.

5. Se aplicará a los documentos sensibles, tal como se definen en el apartado 1 del artículo 9, el tratamiento especial previsto en el mismo artículo.

9. El artículo 2 del Reglamento dispone:

[...]»

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

10. Con arreglo al artículo 3, letra b), de dicho Reglamento, a efectos del mismo se entenderá por «terceros», «toda persona física o jurídica, o entidad, exterior a la institución de que se trate, incluidos los Estados miembros, las demás instituciones y órganos comunitarios o no comunitarios, y terceros países».

11. El artículo 4 del Reglamento dispone:
- b) la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales.

«Excepciones

1. Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de:
- los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual,
- a) 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;
2. Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de:
- los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico,
 - el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría,
- salvo que su divulgación revista un interés público superior.
3. 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.

4. En el caso de documentos de terceros, la institución consultará a los terceros con el fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas en los apartados 1 o 2, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos.

5. Un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado.

7. Las excepciones, tal y como se hayan establecido en los apartados 1, 2 y 3 sólo se aplicarán durante el período en que esté justificada la protección en función del contenido del documento. Podrán aplicarse las excepciones durante un período máximo de 30 años. En el caso de los documentos cubiertos por las excepciones relativas a la intimidad o a los intereses comerciales, así como en el caso de los documentos sensibles, las excepciones podrán seguir aplicándose después de dicho período, si fuere necesario.»

12. El artículo 5 del Reglamento dispone:

«Documentos en los Estados miembros

Cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una institución, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de dicho documento.

Alternativamente, el Estado miembro podrá remitir la solicitud a la institución.»

[...]

13. A tenor del artículo 9 del Reglamento:

«1. Se entenderá por “documento sensible” todo documento que tenga su origen en las instituciones o en sus agencias, en los Estados miembros, en los terceros países o en organizaciones internacionales, clasificado como “TRÈS SECRET/TOP SECRET”, “SECRET” o “CONFIDENTIEL”, en virtud de las normas vigentes en la institución en cuestión que protegen intereses esenciales de la Unión Europea o de uno o varios Estados miembros en los ámbitos a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4, en particular la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares.

2. La tramitación de las solicitudes de acceso a documentos sensibles, de conformidad con los procedimientos establecidos en los artículos 7 y 8, estará a cargo únicamente de las personas autorizadas a conocer el contenido de dichos documentos. Asimismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 11, estas personas determinarán las referencias a los documentos sensibles que podrán figurar en el registro público.

3. Los documentos sensibles se incluirán en el registro o se divulgarán únicamente con el consentimiento del emisor.

4. La decisión de una institución de denegar el acceso a un documento sensible estará motivada de manera que no afecte a la protección de los intereses a que se refiere el artículo 4.

5. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que en la tramitación de las solicitudes relativas a los documentos sensibles se respeten los principios contemplados en el presente artículo y en el artículo 4.

6. Las normas relativas a los documentos sensibles establecidas por las instituciones se harán públicas.

7. La Comisión y el Consejo informarán al Parlamento Europeo sobre los documentos sensibles de conformidad con los acuerdos celebrados entre las instituciones.»

B. *Hechos*

14. El 19 de abril de 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas emitió un dictamen por el que autorizaba a la República Federal

de Alemania a cambiar la categoría del lugar denominado Mülhenberger Loch, hasta entonces zona protegida con arreglo a la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres,⁷ para realizar un proyecto consistente en la ampliación de la fábrica de Daimler Chrysler Aerospace Airbus y en la recuperación de una parte del estuario para la prolongación de una pista de aterrizaje.

15. Mediante escrito de 20 de diciembre de 2001 dirigido a la Comisión, IFAW, organización no gubernamental que opera en el ámbito de la preservación del bienestar de los animales y de la protección de la naturaleza, solicitó el acceso, en particular, a los escritos intercambiados entre la República Federal de Alemania y la ciudad de Hamburgo a propósito de dicho lugar y del proyecto relacionado con él, así como a los escritos del Canciller alemán.

16. Dado que la República Federal de Alemania, consultada por la Comisión a propósito de esta solicitud, se opuso a la divulgación de dichos documentos, la Comisión consideró que en tales circunstancias el artículo 4, apartado 5, del Reglamento le impedía permitir el acceso y, en consecuencia, el 26 de marzo de 2002 adoptó la Decisión impugnada por la que se deniega la solicitud de IFAW.

17. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 4 de junio de 2002, IFAW interpuso un recurso de anulación contra la Decisión de la Comisión de 26 de marzo de 2002.

C. Sentencia recurrida

18. En apoyo de su pretensión de anulación, la demandante invocó, en particular, el argumento basado en la vulneración del artículo 4 del Reglamento. Alegó que la interpretación adoptada por la Comisión del artículo 4, apartado 5, de dicho Reglamento, que le obliga a denegar el acceso a un documento recibido de un Estado miembro si éste se opone a su divulgación, es errónea. La facultad de la que, en virtud del artículo 4, apartado 5, del Reglamento, dispone un Estado miembro del que procede un documento para solicitar que la institución en cuyo poder obra no lo divulgue, no puede asimilarse a un derecho de veto, pues la decisión final debe corresponder a la institución.

19. Basándose en la argumentación expuesta en los apartados 50 a 65 de su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia desestimó este motivo y, consiguientemente, declaró infundado el recurso de anulación.

20. Según la sentencia recurrida, la facultad reconocida por el artículo 4, apartado 5, del

⁷ — DO L 206, p. 7.

Reglamento a un Estado miembro de solicitar a una institución que no permita el acceso sin su consentimiento previo a cualquier documento que le haya transmitido constituye un mandato a la institución para que no divulgue el documento en cuestión si él se opone a ello. El Estado miembro no está obligado a motivar su solicitud y la institución debe cumplir el mandato sin poder analizar en particular a la luz del interés público, si la no divulgación del documento en cuestión está justificada.

21. Desde este punto de vista, según el Tribunal de Primera Instancia, el artículo 4, apartado 5, del Reglamento establece una *lex specialis* en favor de los Estados miembros frente al artículo 4, apartado 4, de este texto, que sólo reconoce al resto de terceros el derecho a ser consultados por las instituciones con el fin de verificar si el documento que éstos les transmitieron está amparado por alguna de las excepciones previstas en el artículo 4, apartado 1 o 2, del Reglamento, y además con la condición de que no se deduzca con claridad si se ha de permitir o denegar su divulgación.

22. El Tribunal de Primera Instancia basa su interpretación del artículo 4, apartado 5, del Reglamento en que la falta de reconocimiento de un derecho de veto al Estado miembro podría hacer que la obligación de obtener su consentimiento previo quedara sin efectos. Se basa también en la Declaración n° 35, según la cual la Conferencia conviene en que los principios y condiciones contemplados en el artículo 255 CE permi-

tirán a un Estado miembro solicitar a la Comisión o al Consejo de la Unión Europea que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo. De ello se deriva, siempre según el Tribunal de Primera Instancia, que la facultad establecida por el artículo 4, apartado 5, del Reglamento se explica por el hecho de que el citado Reglamento no tiene por objeto ni como efecto modificar las legislaciones nacionales en materia de acceso a los documentos, como recuerda su decimoquinto considerando. En consecuencia, cuando un estado miembro ha formulado una solicitud a propósito de un documento con arreglo al artículo 4, apartado 5, del Reglamento, el acceso al mismo no está regulado por el Reglamento, sino por las disposiciones nacionales pertinentes del Estado miembro del que proceda, que no se han visto afectadas por la adopción del Reglamento.

23. Y el Tribunal de Primera Instancia añadió que, «con el fin de garantizar que las disposiciones del artículo 4, apartado 5, del Reglamento sean interpretadas de conformidad con la Declaración n° 35 y de facilitar el acceso al documento de que se trate, al permitir al Estado miembro, en su caso, prestar su consentimiento a la divulgación del mismo, la institución debe consultar a dicho Estado. Si el Estado miembro, tras haber sido consultado, no presenta una solicitud con arreglo al artículo 4, apartado 5, del Reglamento, corresponderá entonces a la institución apreciar, con arreglo al artículo 4, apartado 4, del Reglamento, si el documento debe ser o no divulgado».⁸

8 — Sentencia recurrida, apartado 60.

24. El Tribunal de Primera Instancia, tras comprobar que los documentos cuya divulgación había pedido la demandante eran documentos originarios de un Estado miembro en el sentido del artículo 4, apartado 5, del Reglamento, cuya no divulgación había solicitado la República Federal de Alemania a la Comisión, declaró que la decisión de la Comisión no infringía en modo alguno el artículo 4 de dicho Reglamento.

II. Análisis del recurso de casación

25. El Reino de Suecia, que ya era parte coadyuvante en apoyo de las pretensiones de la demandante en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, interpuso un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2004. La recurrente alega en apoyo de su recurso un motivo único basado en la infracción del Derecho comunitario derivada de la confusión en el alcance del artículo 4, apartado 5, del Reglamento: lejos de consagrar un derecho de veto en favor de los Estados miembros tal como declaró el Tribunal de Justicia, el artículo 4, apartado 5, sólo les reconoce el derecho a ser consultados antes de cualquier divulgación de un documento por la institución a la que éstos lo transmitieron; sin embargo, ésta conserva la responsabilidad de decidir si procede o no

hacerlo público, pues la decisión de no permitir el acceso sólo está justificada en los supuestos excepcionales por razones de confidencialidad previstos en el artículo 4, apartados 1 a 3 del Reglamento.

26. Como se ve, se enfrentan dos tesis diametralmente opuestas sobre el alcance del artículo 4, apartado 5, del Reglamento. Para tratar de esclarecer la interpretación de esta disposición, procede demostrar su pertinencia. Desde esta perspectiva demostraré que, en contra de lo declarado por el Tribunal de Primera Instancia, ni la interpretación literal del artículo 4, apartado 5, ni el respeto de la voluntad de los Estados miembros expuesta en la Declaración n° 35 obligan a adoptar la solución dada por él. La interpretación sistemática y teleológica exige, por el contrario, otra.

A. Falta de respuesta concluyente basada en la interpretación literal y en la búsqueda de la intención de las partes

1. Tenor literal del artículo 4, apartado 5, del Reglamento

27. Cabe recordar, de entrada, que en la situación jurídica anterior a la que resulta del

Reglamento, el derecho de acceso a los documentos sólo cubría los documentos elaborados por las instituciones.⁹ En cambio, por lo que respecta a los documentos en poder de una institución pero elaborados por un tercero, es decir, una persona física o jurídica, un Estado miembro, otras instituciones u órganos comunitarios o cualquier otro organismo nacional o internacional, prevalecía la regla denominada «regla del autor». Con arreglo a ella, una institución no estaba autorizada a divulgar los documentos originarios de terceros y la solicitud de acceso debía dirigirse directamente al autor del documento.¹⁰ Esta regla del autor, aunque considerada desde el principio por la jurisprudencia como limitación al principio general del derecho de acceso y que, como tal, debía interpretarse y aplicarse restrictivamente,¹¹ fue calificada sin embargo de «excepción absoluta por lo que respecta a los documentos cuyo autor es un tercero».¹²

28. Por tanto, una de las mayores aportaciones del Reglamento fue ampliar el ámbito de aplicación del derecho comunitario de acceso a los documentos de las instituciones suprimiendo dicha regla del autor. Desde entonces, con arreglo al artículo 2, apartado 3, de dicho Reglamento, el derecho de

acceso tiene por objeto «todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión». En consecuencia, las instituciones pueden tener que transmitir documentos originarios de terceros, incluyendo entre estos últimos, en particular, a los Estados miembros, de acuerdo con la definición de tercero que figura en el artículo 3, letra b), del Reglamento. Sin embargo, este abandono de la regla del autor se vio contrarrestada por un tratamiento especial dispensado, en particular, a los documentos originarios de los Estados miembros por el artículo 4, apartado 5, del Reglamento. Determinar en qué consiste exactamente este tratamiento especial es todo el objeto del presente litigio.

29. Si los términos de la disposición controvertida fueran claros, sería legítimo limitarse a la aplicación la regla tal como fue formulada: *in claris non fit interpretatio*. Sin embargo, en el caso de autos resulta imposible deducir la solución del tenor literal, ya que éste dista de ser unívoco. Establece que «un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado». Tal como la propia Comisión ha reconocido, esta «formulación del apartado 5 del artículo 4 no precisa en qué medida las instituciones deben respetar la opinión negativa emitida por un Estado miembro respecto a la divulgación de uno de sus documentos».¹³ De hecho, el énfasis puesto en el hecho de que cualquier divulgación por una institución de un documento transmitido por un Estado miembro pueda estar subordinada, a

9 — Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de octubre de 2000, *JT's Corporation/Comisión* (T-123/99, Rec. p. II-3269), apartado 53, y de 11 de diciembre de 2001, *Petrie y otros/Comisión* (T-191/99, Rec. p. II-3677), apartado 47.

10 — Como recordatorio, véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de abril de 2005, *Sison/Consejo* (T-110/03, T-150/03 y T-405/03, Rec. p. II-1429), apartado 92.

11 — Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 1999, *Rothmans/Comisión* (T-188/97, Rec. p. II-2463), apartado 55; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de diciembre de 1999, *Interporc/Comisión*, (T-92/98, Rec. p. II-3521), apartado 69.

12 — Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de octubre de 2003, *Co-Frutta/Comisión* (T-47/01, Rec. p. II-4441), apartado 59.

13 — Informe de la Comisión sobre la aplicación de los principios del Reglamento, de 30 de enero de 2004, punto 3.5.2.

solicitud del mismo, a su «consentimiento previo» aboga por el reconocimiento de un derecho de veto en favor del Estado miembro. Por el contrario, el empleo del término «solicitar» apunta a que la decisión de divulgación corresponde en último término a la institución en cuyo poder obra el documento pues, tal como la demandante alegó acertadamente en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, el término «solicitar», dado que puede definirse como el acto o el hecho de pedir algo, implica que la parte que ha presentado una solicitud espera una respuesta a la misma así como el ejercicio de un poder de apreciación por parte de quien responde a ella. Esta ambigüedad en la formulación del artículo 4, apartado 5, del Reglamento se ve acentuada por el contraste que ofrece el tenor del artículo 9, apartado 3, del que se deduce indudablemente la afirmación de un derecho de veto, puesto que dispone que «los documentos sensibles se incluirán en el registro o se divulgarán únicamente con el consentimiento del emisor». Por tanto, no puedo estar de acuerdo con el Tribunal de Primera Instancia que, en la sentencia recurrida, declara que la obligación a que está sujeta la institución en cuyo poder obra un documento originario de un Estado miembro, de obtener el consentimiento previo de este último antes de cualquier divulgación del mismo, está «claramente establecida» en el artículo 4, apartado 5, de dicho Reglamento.¹⁴

30. Además, las modificaciones introducidas por las tres instituciones en sus reglamentos internos, en cumplimiento de la obligación

de adaptarse a las disposiciones del Reglamento, impuesta por su artículo 18, confirman, si aún fuera necesario, el equívoco del tenor literal del artículo 4, apartado 5. De la lectura de estas modificaciones se desprende que la Comisión no parece prohibir la posibilidad de divulgar el documento originario de un Estado miembro en contra del criterio expreso de su autor.¹⁵ El Consejo, por su parte, se limitó a reproducir el tenor literal del artículo 4, apartado 5, del Reglamento.¹⁶ En cuanto al Parlamento Europeo, sus normas internas no hacen referencia especial alguna a los documentos originarios de los Estados miembros y se limitan a prever, en relación con los documentos procedentes de terceros, una consulta a estos últimos «con el fin de determinar si procede aplicar la excepción prevista en los artículos 4 o 9 del Reglamento n° 1049/2001».¹⁷

31. La propia doctrina aparece dividida sobre el significado que debe darse a los términos del artículo 4, apartado 5, sobre el alcance que ha de atribuirse a esta disposición. Algunos han creído ver en el tenor literal de esta disposición la afirmación explícita de

15 — Véase el artículo 5, apartados 4, letra b), y 6, de la Decisión 2001/937/CE, CEEA, Euratom de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, por la que se modifica su Reglamento interno (DO L 345, p. 94).

16 — Véase el artículo 2, apartado 1, letra b), del anexo II de la Decisión 2001/840/CE del Consejo, de 29 de noviembre de 2001, por la que se modifica el Reglamento interno del Consejo (DO L 313, p. 40).

17 — Véase el artículo 9, apartado 3, de la Decisión de la Mesa relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo de 28 de noviembre de 2001 (DO C 374, p. 1).

14 — Apartado 58 de la sentencia recurrida.

un derecho de veto en favor de los Estados miembros.¹⁸ Otros, por el contrario, han sostenido una interpretación diferente, dando a la institución en cuyo poder obra un documento un derecho a la última palabra sobre la solicitud de acceso al mismo.¹⁹

32. En realidad, la ambigüedad del tenor del artículo 4, apartado 5, del Reglamento constituye, tal como señaló oportunamente el Gobierno danés, un «equivoco constructivo» que sólo así permitió su adopción por el legislador comunitario.²⁰ Este equivoco es el resultado, en efecto, de las tensiones que acompañaron la génesis del Reglamento, puesto que los protagonistas del procedimiento legislativo se dividieron entre los partidarios de mantener un secreto relativo y los valedores de una mayor transparencia.²¹ La Comisión quería que los Estados miembros mantuvieran el control sobre la divulgación de los documentos que transmiten a las instituciones. Su propuesta inicial preveía asimismo, en su artículo 4, letra d), que «las instituciones denegarán el acceso a los documentos cuya divulgación pueda suponer

un perjuicio significativo para la protección [...] de la confidencialidad solicitada por el tercero que haya suministrado el documento o la información o de la confidencialidad impuesta por la legislación del Estado miembro».²² El Parlamento, por su parte, mantenía el criterio de que la decisión de divulgación de un documento originario de un Estado miembro debía corresponder a la institución en cuyo poder estuviera y sugería, en consecuencia, una modificación en este sentido de la Propuesta de Reglamento de la Comisión.²³ Los propios Estados miembros estaban divididos en el seno del Consejo, como ilustra el hecho de que finalmente no fuera adoptada una propuesta que reconocía claramente a los Estados miembros un derecho de veto, presentada por la presidencia francesa en diciembre de 2000.

2. Ámbito de aplicación de la Declaración nº 35

33. De este modo, la solución de compromiso consistió en reproducir de manera casi literal en el artículo 4, apartado 5, el texto de la Declaración nº 35, tal como el propio Tribunal de Primera Instancia declaró²⁴ y como se señala en el considerando décimo del Reglamento, según el cual, en sustancia,

18 — Véase, en particular, en este sentido, Cabral, P.: «Access to Member State documents in EC law», *ELR*, vol. 31 (2006), nº 3, pp. 378 y ss., especialmente p. 385; véase también De Leeuw, M.E.: «The regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?», *ELR*, vol. 28 (2003), nº 3, pp. 324 y ss., especialmente pp. 337 y 338.

19 — Véase, en particular, Harden, I.: «Citizenship and Information», *European Public Law*, vol. 7 (2001), nº 2, pp. 165 y ss., especialmente p. 192; y Peers, S.: «The new regulation on access to documents: a critical analysis», *YEL* 21 (2001-2002), pp. 385 y ss., especialmente pp. 407 y 408.

20 — Véase también, en el mismo sentido, Heliskoski, J. y Leino, P.: «Darkness at the break of noon: the case law on Regulation nº 1049/2001 on access to documents», *CMLR*, vol. 43 (2006), nº 3, pp. 735 y ss., especialmente pp. 771 y 772.

21 — Como recordatorio de las divisiones entre los distintos actores del proceso legislativo, me remito a Bjurulf, B., y Elgström, O.: «Negotiating transparency: the role of institutions», *JCMS*, vol. 42 (2004), nº 2, p. 249.

22 — Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO 2000, C 177 E, p. 70).

23 — Véase la enmienda nº 36, en informe A5 — 0318/2000 de 27 de octubre de 2000.

24 — Apartado 57 de la sentencia recurrida; véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2003, Messina/Comisión (T-76/02, Rec. p. II-3203), apartado 41; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de marzo de 2005, Scippacercola/Comisión (T-187/03, Rec. p. II-1029), apartado 56.

la ampliación del derecho de acceso a los documentos recibidos por las instituciones debe interpretarse a la luz de la Declaración nº 35.

34. ¿Cómo medir, entonces, el alcance de esta remisión a la Declaración nº 35? El estatuto de las declaraciones anexas a los Tratados todavía resulta impreciso. Aunque el artículo 311 CE establece que los protocolos que, de común acuerdo entre los Estados miembros, se hayan incorporado como anexas a los Tratados constitutivos «son parte integrante» de los mismos y, tienen, por tanto, su misma fuerza jurídica,²⁵ nada dice el Tratado sobre la naturaleza de las declaraciones. La doctrina dominante²⁶ coincide en negar todo efecto jurídico vinculante a las declaraciones incorporadas en al acta final de los Tratados comunitarios, viendo en ellas sólo la expresión de un compromiso político. Durante mucho tiempo la jurisprudencia no se pronunció. Sólo recientemente ha reconocido a estas declaraciones un alcance interpretativo.²⁷ Esta solución se corresponde con la adoptada en Derecho internacional. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho

de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, dispone que un Tratado deberá interpretarse conforme al contexto, que comprenderá «además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: [...] todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado». Así pues, las Declaraciones formuladas por las Partes se consideran criterios de interpretación.²⁸ La interpretación de un tratado dada de común acuerdo por los Estados Partes en una declaración ¿puede llegar a modificar las estipulaciones del mismo? Aunque el Derecho internacional puede proporcionar algunos ejemplos de ello, pues los Estados firmantes son los intérpretes auténticos del Tratado,²⁹ esto mismo no sucede en Derecho comunitario, dado el carácter rígido de los Tratados constitutivos que constituyen la carta constitucional de las Comunidades.³⁰

35. Así, puesto que la Declaración nº 35 puede legítimamente servir de base para la interpretación del artículo 4, apartado 5, del Reglamento, queda por determinar si permite esclarecer su sentido. Según el Reino Unido, dicha declaración pone de manifiesto que los Estados miembros, al adoptar el artículo 255 CE, cuyo alcance se extiende a los documentos elaborados por terceros y en poder de las instituciones comunitarias, impusieron salvaguardas para que las instituciones no divulgaran sin su consentimiento los documentos que ellos les transmitieran. El Tribunal de Primera Instancia le reconoció el mismo alcance, ya que, tras recordar su tenor literal, dedujo de él la

25 — Como ha reconocido desde hace mucho tiempo el Tribunal de Justicia (sentencia de 23 de abril de 1956, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises/Alta Autoridad* (7/54 y 9/54, Rec. pp. 53 y ss., especialmente p. 90): «según el artículo 84 del Tratado, los términos "el presente Tratado" deberán entenderse en el sentido de que se refieren a las cláusulas del Tratado y de sus Anexos, de los protocolos anexas y del Convenio relativo a las disposiciones transitorias; [...] por lo tanto, las normas contenidas en todos los instrumentos aludidos son igualmente imperativas [...]».

26 — Véase Thot, A.: «The legal status of the declarations annexed to the Single European act», *CMLR*, 1986, p. 803; Constantinesco, V.: «La structure du Traité instituant l'Union européenne», *CDE* 1993, nº 3-4, p. 251, 261; Petit, Y.: «Commentaire de l'article R», en Constantinesco, V., Kovar, R., y Simon, D.: *Traité sur l'Union européenne: commentaire article par article*, ed. Economica, Paris, 1995, pp. 913 y ss., especialmente pp. 922 a 924 y Simon, D.: *Le système juridique communautaire*, 3^a ed., PUF, 2001, p. 306.

27 — Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de junio de 2001, *Agrana Zucker und Stärke/Comisión*, (T-187/99, Rec. p. II-1587) y el auto del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2002, *Agrana Zucker und Stärke/Comisión* (C-321/01 P, Rec. p. I-10027).

28 — Véase Combacau, J., y Sur, S.: *Droit international public*, 7^a ed., Paris: Montchrestien, 2006, pp. 174 y 175.

29 — *Ibid.*

30 — Sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento* (294/83, Rec. p. 1339), apartado 23.

existencia de un derecho de veto de los Estados miembros sobre toda solicitud de acceso a un documento que hubieran transmitido a una institución.³¹ Sin embargo, la Declaración nº 35, redactada en los mismos términos que el artículo 4, apartado 5, del Reglamento, está impregnada de su misma ambigüedad. Por tanto, apenas sirve de ayuda para precisar su significado: en su tenor literal no es posible ver una afirmación más clara y cierta de un derecho de veto en favor de los Estados miembros que en la literalidad del artículo 4, apartado 5.

documentos no se divulguen a terceros sin su consentimiento previo fue expresamente calificada por el Tribunal de Primera Instancia de «excepción» al derecho de acceso a los documentos de las instituciones.³² Según jurisprudencia consolidada, cualquier excepción al derecho de acceso a los documentos de las instituciones debe interpretarse en sentido estricto.³³ Por tanto, la interpretación que reconoce a los Estados miembros un derecho de veto incondicional sobre el acceso a los documentos que han transmitido a una institución sólo podría admitirse si hubiera podido encontrar suficiente apoyo en la propia literalidad del artículo 4, apartado 5.

36. Debe convenirse en que la literalidad del artículo 4, apartado 5, adolece de un equívoco insalvable. Ciertamente, no descarta la interpretación hecha por el Tribunal de Primera Instancia, pues los términos de esta disposición no limitan expresamente a una mera consulta las garantías otorgadas a los Estados miembros cuando se pide a una institución la divulgación de un documento procedente de ellos mismos. A este respecto, el artículo 4, apartado 5, no puede considerarse desde un punto de vista puramente literal el equivalente del artículo 5, que establece que «cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una institución, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento [...]». Sin embargo, el tenor literal del artículo 4, apartado 5, no impone la interpretación adoptada por el Tribunal de Primera Instancia. Ahora bien, la facultad conferida a los Estados miembros de solicitar que sus

B. Interpretación sistemática y teleológica

37. A falta de respuesta indiscutible deducida de la interpretación literal del artículo 4, apartado 5, del Reglamento, cabe intentar precisar el sentido de la disposición controvertida situándola en su marco jurídico global y recurriendo a los objetivos de la normativa de la que forma parte. En este sentido, la disposición controvertida se inscribe en un marco jurídico marcado por el lento pero inexorable avance en Derecho comunitario de la exigencia de transparencia

32 — Sentencia Messina/Comisión, antes citada, apartado 55.

33 — Véanse, en particular, las sentencias de 11 de enero de 2000, Países Bajos y Van der Wal/Comisión (C-174/98 P y C-189/98 P, Rec. p. I-1), apartado 27; de 6 de diciembre de 2001, Consejo/Hautala (C-353/99 P, Rec. p. I-9565), apartado 25; de 6 de marzo de 2003, Interporc/Comisión (C-41/00 P, Rec. p. I-2125), apartado 48; de 1 de febrero de 2007, Sison/Consejo (C-266/05 P, Rec. p. I-1233), apartado 63, y del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 1997, WWF UK/Comisión (T-105/95, Rec. p. II-313), apartado 56.

31 — Véase la sentencia recurrida, apartados 57 y 58.

en general y del derecho de acceso a los documentos de las instituciones en particular.

38. El derecho de acceso del público a los documentos de las instituciones permaneció durante mucho tiempo ajeno al Derecho comunitario. Pero la evolución fue de «afirmación progresiva»³⁴ del derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las autoridades públicas, cuyos hitos más importantes me limitaré a recordar brevemente. El compromiso con la transparencia del proceso de toma de decisiones se expresó por primera vez de forma solemne en la Declaración nº 17 relativa al derecho de acceso a la información, anexa al Acta Final del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, que para ello recomienda la adopción de medidas encaminadas a mejorar el acceso público a la información a disposición de las instituciones. Ante la falta de normativa comunitaria general que determinara el alcance de este derecho de acceso, correspondió a las propias instituciones romper con el principio tradicional del secreto administrativo, decidiendo ellas mismas si permitían o no el acceso a un documento solicitado que obrara en su poder. Tras la adopción de común acuerdo, el 6 de diciembre de 1993, de un Código de conducta que enumera los principios de acceso a los documentos que obran en su poder,³⁵ el Consejo y la Comisión, sobre la base de su facultad de organización interna,³⁶ aprobaron respecti-

vamente una decisión para la puesta en práctica de dichos principios³⁷ y otra por la que se adopta formalmente dicho Código.³⁸ A pesar de esta afirmación progresiva del Derecho de acceso del público a los documentos de las instituciones, de las proposiciones hechas por sus abogados generales³⁹ o algunos de sus miembros,⁴⁰ de que algunas declaraciones del Tribunal de Primera Instancia⁴¹ incitaban a ello y aunque él mismo había reconocido que la mayoría de los Estados miembros consagran, con carácter de principio constitucional o legislativo, el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las autoridades públicas,⁴² el Tribunal de Justicia no lo erigió formalmente en principio general del Derecho comunitario.⁴³

39. Sin embargo, la evolución no cesó ahí. La fase siguiente fue la de consagración por

34 — En palabras del propio Tribunal de Justicia (sentencias de 30 de abril de 1996, Países Bajos/Consejo, C-58/94, Rec. p. I-2169), apartado 36 y de 6 de marzo de 2003, Interporc/Comisión, antes citada, apartado 38.

35 — Código de conducta 93/730/CE, relativo al acceso a los documentos del Consejo y de la Comisión (DO L 340, p. 41).

36 — La legalidad de este fundamento ha sido reconocida (véase la sentencia Países Bajos/Consejo, antes citada).

37 — Decisión 93/731/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo (DO L 340, p. 43).

38 — 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 (DO L 46, p. 58).

39 — Véanse las conclusiones del Abogado General Tesauero, presentadas el 28 de noviembre de 1995 en el asunto en el que recayó la sentencia Países Bajos/Consejo, antes citada, punto 19; y del Abogado General Léger, presentadas el 10 de julio de 2001 en el asunto en el que recayó la sentencia Consejo/Hautala, antes citada.

40 — Véase, en particular, Ragnemalm, H., *op. cit.*, pp. 809 y ss., especialmente pp. 826-827.

41 — Que se refiere, en particular, a un «principio del derecho a la información» (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 1999, Hautala/Consejo, T-14/98, Rec. p. II-2489), apartado 87 o al «principio de transparencia» (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de febrero de 2002, Kuijjer/Consejo, T-211/00, Rec. p. II-485), apartado 52.

42 — Véase la sentencia Países Bajos/Consejo, antes citada, apartado 34.

43 — Véase, en particular, la sentencia Consejo/Hautala (antes citada, apartado 31), en la que el Tribunal de Justicia consideró inútil pronunciarse sobre la «existencia de un principio del derecho a la información», y la constatación hecha por el Abogado General Léger (conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Interporc/Comisión, antes citada, puntos 75 a 80).

el Tratado de Ámsterdam, por un lado en el artículo 1 TUE, párrafo segundo, de un «principio de apertura», por otro lado en el artículo 255 CE de un derecho de acceso a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión. Ciertamente, por su falta de eficacia directa, estas disposiciones no pueden respaldar una solicitud de divulgación de un documento de una institución; el ejercicio del derecho de acceso seguía dependiendo de la adopción de una normativa que lo regulase.⁴⁴ A este respecto, el artículo 255 CE, apartado 2, introducido por el Tratado de Ámsterdam, proporciona una base jurídica para ello, encomendando al Consejo, en codecisión con el Parlamento, la tarea de precisar los principios generales y los límites del derecho de acceso a los documentos de las instituciones. Sobre esta base jurídica fue adoptada la normativa comunitaria general relativa al derecho de acceso del público a los documentos en poder de las instituciones, constituida por el Reglamento. Es cierto que, desde entonces, la existencia del derecho de acceso a los documentos de las instituciones ya no se basa en las medidas de orden interno dictadas por las instituciones, que ellas mismas debían respetar conforme al adagio *pater legem quam ipse fecisti*, ni tampoco en el Reglamento, sino en una disposición de rango constitucional.

40. Este ascenso normativo del derecho de acceso vino acompañado de una promoción material. Se pasó de una simple merced

concedida al administrado por las instituciones en el ejercicio de su poder discrecional a un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental otorgado al individuo. En efecto, cuando el acceso del público a los documentos de las instituciones dependía de la discrecionalidad de éstas, las medidas que adoptaban para precisar el tratamiento de las solicitudes únicamente estaban encaminadas a garantizar su funcionamiento interno en aras de una buena administración. No conferían a los particulares derecho subjetivo alguno a obtener la información solicitada, aun cuando éstos podían exigir el cumplimiento de dichas medidas adoptadas.⁴⁵ Con la introducción del artículo 255 CE por el Tratado de Ámsterdam el acceso a los documentos de las instituciones se convirtió en un derecho subjetivo reconocido a «todo ciudadano de la Unión así como a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro». Y este derecho de acceso tiene carácter de derecho fundamental como confirma el hecho de que fue recogido en el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales.⁴⁶

41. Este refuerzo de la posición jurídica del derecho de acceso está estrechamente ligado a la variación de los objetivos perseguidos por el «imperativo de transparencia».⁴⁷ Las escasas obligaciones que, en mayor o menor medida, forman parte de dicho imperativo, a cargo de las instituciones desde el principio,

45 — Véanse las conclusiones del Abogado General Tesouro en el asunto en el que recayó la sentencia Países Bajos/Consejo (antes citada, puntos 18 a 20).

46 — Sobre la consideración de la Carta como criterio de interpretación de los medios de protección de los derechos mencionados en el artículo 6 UE, apartado 2, véanse mis conclusiones de 14 de diciembre de 2006 en el asunto en que recayó la sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros (C-305/05, Rec. p. I-5305), apartado 48.

47 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de abril de 2007, *WWF European Policy Programme/Consejo*, (T-264/04, Rec. p. II-911), apartado 61.

44 — Véase, en este sentido, la sentencia *Petrie* y otros/Comisión, antes citada, apartados 34 a 38.

pretendían ante todo garantizar la eficacia de la acción comunitaria y el control de su legalidad. Piénsese en el respeto de los derechos de defensa y en las obligaciones de motivación y de publicidad de los actos comunitarios. Con el reconocimiento del derecho de acceso a los documentos en poder de las autoridades públicas, la transparencia más bien pretende reforzar la legitimidad democrática de la acción comunitaria.⁴⁸ Puede sin duda cuestionarse, con ánimo de provocar, la necesaria relación entre transparencia y democracia. ¿No es ésta la manifestación de un sentimiento generalizado de sospecha del ciudadano hacia los gobernantes y hacia el sistema democrático representativo? Por otra parte, existe el riesgo de que no todos los ciudadanos hagan el mismo uso de la transparencia y sirva para facilitar el acceso privilegiado de determinados grupos de interés al sistema político. Sea como fuere, ya al principio se señaló este vínculo con el principio de democracia, que sirve de base a la Unión.⁴⁹ Ya la Declaración nº 17 relativa al derecho de acceso a la información, anexa al Acta Final del Tratado de la Unión Europea, señala que «la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las instituciones». La jurisprudencia ha recordado en diversas ocasiones los términos de esta Declaración⁵⁰ y después ha expuesto que la transparencia, encaminada a otorgar al público el mayor acceso posible a los documentos, garantiza «una mayor legiti-

dad, eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en un sistema democrático»,⁵¹ en la medida en que permite a éstos «ejercer un control efectivo y eficaz del ejercicio del poder que ostentan las instituciones comunitarias».⁵² «En efecto, sólo cuando está garantizada una adecuada publicidad de las actividades del poder legislativo, del ejecutivo y de la administración pública, en general es posible el ejercicio de un control efectivo y eficaz, incluso a nivel de opinión pública, sobre el funcionamiento de la organización gobernante y, asimismo, el desarrollo, en las relaciones entre la Administración y administrados, de modelos organizativos realmente participados».⁵³ Los vínculos entre transparencia y democracia puestos así de manifiesto quedaron finalmente recogidos en el considerando segundo del Reglamento.

42. Ahora bien, recordémoslo, aunque el principio del mayor acceso posible a los documentos que obran en poder de las instituciones sólo estaba previsto por las medidas de organización interna, la jurisprudencia ya había deducido que las excepciones y límites establecidos por dichas medidas debían interpretarse restrictiva-

48 — Para apreciar los vínculos entre transparencia y democracia, véase Lequesne, Ch.: «La transparence, vice ou vertu des démocraties?», en *La transparence en l'Union européenne, mythe ou principe juridique?*, obra antes citada, p. 11; Meisse, E.: «La démocratie administrative en le traité établissant une Constitution pour l'Europe», en Constantinesco, V., Gautier, Y., et Michel, V.: (bajo la dirección de), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe, Analyses et commentaires*, PUS, 2005, p. 397.

49 — Como recuerda el artículo 6 TUE, apartado 1.

50 — Véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de julio de 1998, Svenska Journalistförbundet/Consejo (T-174/95, Rec. p. II-2289), apartado 66; de 14 de octubre de 1999, Bavarian Lager/Comisión (T-309/97, p. II-3217), apartado 36, y Petrie y otros/Comisión (antes citada), apartado 64.

51 — Sentencias Kuiser/Consejo, antes citada, apartado 52 y de 6 de marzo de 2003, Interporc/Comisión, antes citada, apartado 39.

52 — Sentencia de 7 de diciembre de 1999, Interporc/Comisión, antes citada, apartado 39.

53 — Conclusiones presentadas el 28 de noviembre de 1995 por el Abogado General Tesouro en el asunto en el que recayó la sentencia Países Bajos/Consejo, punto 14.

mente de modo que no se frustrara la aplicación del principio.⁵⁴ El derecho de acceso a los documentos, al haberse convertido en un derecho fundamental con rango constitucional vinculado a los principios de democracia y de apertura, cualquier acto de Derecho derivado que tenga por objeto regular su ejercicio debe interpretarse con arreglo al mismo y los límites que dicho acto le imponga deben ser interpretados de manera aún más restrictiva.⁵⁵ De ello se deriva, en particular, que mientras el derecho de acceso a los documentos de las instituciones sólo estuvo reconocido a través de medidas de organización interna, éstas podían excluir de su ámbito de aplicación ciertas categorías de documentos, en particular aquéllos cuyos autores no eran las instituciones, pero la existencia de un derecho fundamental de acceso a los documentos de las instituciones, garantizado por una disposición de rango superior, prohíbe desde entonces al legislador comunitario restringir su ámbito de aplicación.⁵⁶ Pues bien, constituye una restricción una interpretación consistente en ver en el artículo 4, apartado 5, del Reglamento el reconocimiento, en favor de los Estados miembros, de un derecho de veto sobre la divulgación

de documentos que procedan de ellos mismos. En efecto, el Tribunal de Primera Instancia declaró en el caso de autos que la solicitud de no divulgación que un Estado miembro formula en relación con un documento no se rige por el Derecho comunitario sino por las disposiciones nacionales pertinentes de dicho Estado miembro.⁵⁷ Además, y en cualquier caso, el reconocimiento a los Estados miembros de un derecho de veto incondicional sobre la divulgación por las instituciones de documentos que les hayan transmitido menoscabaría de forma demasiado grave el derecho fundamental de acceso a los documentos y la transparencia del procedimiento comunitario de toma de decisiones que pretende salvaguardar. En efecto, en primer lugar, un gran número de documentos utilizados en la toma de decisiones comunitaria proceden de los Estados miembros. En segundo lugar, puesto que la mayor parte de los Derechos de los Estados miembros en materia de transparencia establecen una excepción al derecho de acceso cuando los documentos versan sobre la política exterior del Estado, es decir, las relaciones que éste mantiene con otros Estados o con organizaciones internacionales, hay motivos para temer que éstos invoquen casi sistemáticamente el artículo 4, apartado 5, para impedir la divulgación de documentos que hayan transmitido a las instituciones de la Unión.

54 — Véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia, WWF UK/Comisión, antes citada, apartado 56; de 6 de febrero de 1998, Interporc/Comisión (T-124/96, Rec. p. II-231), apartado 49; Svenska Journalistförbundet/Consejo, antes citada, apartado 110; Bavarian Lager/Comisión, antes citada, apartado 39; Kuijer/Consejo, antes citada, apartado 55; WWF European Policy Programme/Consejo, antes citada, apartado 39, y las sentencias del Tribunal de Justicia, Países Bajos y Van der Wal/Comisión, antes citada, apartado 27; Consejo/Hautala, antes citada, apartado 25; de 6 de marzo de 2003, Interporc/Comisión, antes citada, apartado 48.

55 — Como recordatorio de la obligación de interpretación de la normativa comunitaria de forma compatible con los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico comunitario, véase la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión (46/87 y 227/88, Rec. p. 2859), apartado 12, y las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto en el que recayó la sentencia Consejo/Hautala, antes citada.

56 — Esta es la conclusión que se deduce, *a sensu contrario*, de la jurisprudencia: véanse la sentencia de 6 de marzo de 2003, Interporc/Comisión, antes citada, apartados 41 a 43; y las sentencias antes citadas del Tribunal de Primera Instancia de 7 de diciembre de 1999, Interporc/Comisión, apartado 66; IT's Corporation/Comisión, apartado 53; Petrie y otros/Comisión, apartado 47.

43. Por otra parte, cabe señalar que del vínculo establecido en la Unión Europea entre el principio de transparencia y el sistema democrático se deriva que el acceso a un determinado documento no debe establecerse en función de la identidad de

57 — Sentencia recurrida, apartado 61.

su autor sino de la importancia de dicho documento para conocer y atribuir responsabilidades en el proceso comunitario de toma de decisiones.

44. Además, el Reglamento tiene precisamente por objeto concretar el derecho de acceso a los documentos de las instituciones consagrado por el artículo 255 CE, fijando sus principios generales, sus condiciones y sus límites. Tal como se desprende de su artículo 1, interpretado a la luz de su cuarto considerando, y como el propio Tribunal de Justicia declaró, «su objeto es garantizar de la manera más completa posible el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las instituciones».⁵⁸ Desde esta perspectiva, tal como ya he señalado y el propio Tribunal de Primera Instancia declaró en la sentencia recurrida,⁵⁹ uno de los avances más significativos realizado por dicho Reglamento con respecto a la situación jurídica anterior consistió en el abandono de la regla del autor. Por tanto, reconocer a los Estados miembros, como hizo el Tribunal de Primera Instancia, un derecho de veto incondicional sobre la divulgación por las instituciones de documentos que éstos les han transmitido supondría reintroducir de manera indirecta, al menos parcialmente, dicha regla del autor. Esta interpretación no me parece compatible ni con el objeto ni con la finalidad del Reglamento.

45. Sin embargo, según la Comisión y el Reino Unido, no reconocer un derecho de

veto al Estado miembro del que procede el documento solicitado, dejando en manos de la institución en cuyo poder obra la decisión sobre la divulgación del mismo, conduciría a una armonización indirecta de la normativa nacional relativa al derecho de acceso, contraviniendo el objeto manifiesto del Reglamento y violando en principio de subsidiariedad. El Tribunal de Primera Instancia comparte esta postura, basando su solución en el considerando decimoquinto de dicho Reglamento, según el cual éste «no tiene por objeto ni como efecto modificar las legislaciones nacionales en materia de acceso a los documentos».⁶⁰ Asimismo, para preservar la aplicación de los Derechos nacionales en materia de transparencia, declaró que cualquier solicitud de denegación de acceso formulada por un Estado miembro en aplicación del artículo 4, apartado 5, en tanto en cuanto «constituye un mandato a la institución para que no divulgue el documento en cuestión»,⁶¹ tiene como efecto sustraer al documento que éste le transmitió del imperio del derecho comunitario de acceso para someterlo al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate.⁶²

46. Sin embargo, este análisis es inconsistente con el tenor del artículo 2, apartado 3 del Reglamento, según el cual dicho reglamento «será de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión». Tampoco se concilia bien con el artículo 2, apartado 2, a tenor del cual «las

58 — Sentencia de 1 de febrero de 2007, Sison/Consejo (antes citada), apartado 61.

59 — Apartados 53 y 54 de la sentencia recurrida.

60 — Apartado 57 de la sentencia recurrida.

61 — Apartado 58 de la sentencia recurrida.

62 — Apartado 61 de la sentencia recurrida.

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». De la interpretación combinada de estas dos disposiciones se desprende que un documento transmitido por una autoridad nacional a una institución, a partir de ese momento está exclusivamente sometido al Derecho comunitario y bajo la responsabilidad de dicha institución. La lectura paralela del artículo 5 pone claramente de manifiesto la lógica que preside el Reglamento: el Derecho aplicable a una petición de acceso a un documento y la autoridad competente para decidir sobre su divulgación no dependen de su origen ni de la condición de su autor, sino de la identidad de su depositario o, más exactamente, de la condición del órgano ante el que se presenta la petición.

47. Y no parece fundado el temor a que se cuestionen las legislaciones nacionales en materia de transparencia en caso de que se atribuya la competencia para decidir sobre la divulgación de un documento originario de un Estado miembro a la institución en cuyo poder obra. La normativa comunitaria y las normativas nacionales continúan siendo autónomas, pues versan sobre ámbitos diferentes. Ciertamente puede haber interferencias, pues un mismo documento puede entrar simultáneamente en el ámbito de aplicación del Derecho interno y del Derecho comunitario. Incluso en ese caso, la decisión adoptada por una institución sobre la base del Reglamento no vincula al Estado miembro del que procede el documento solicitado cuando también se le ha hecho directamente

una petición de divulgación; ésta se examinará sobre la base del Derecho interno. Así, un Estado miembro podrá divulgar un documento al que una institución comunitaria haya denegado el acceso cuando su normativa nacional en materia de transparencia sea más generosa, sin perjuicio de que con ello no comprometa los objetivos del Reglamento, tal como establece su artículo 5. A la inversa, una institución puede, en las condiciones y con los límites descritos a continuación, dar acceso a un documento cuya divulgación denegó el Estado miembro que se lo transmitió, cuando las normas comunitarias de las que los Estados miembros acordaron dotar a las instituciones permitan un acceso más amplio a los documentos que el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. No hay que conceder demasiada importancia a estas divergencias de apreciación, de las que es un ejemplo emblemático la sentencia dictada en el asunto *Svenska Journalistförbundet/Consejo*, antes citada.⁶³ Éstas son precisamente la señal y el resultado de que la normativa comunitaria relativa al derecho de acceso no tiene ni por objeto ni como efecto armonizar los Derechos nacionales en la materia.

48. Si bien tal como he expuesto, la interpretación teleológica y sistemática no deja ver en el artículo 4, apartado 5, el recono-

63 — Me permito recordar que, en este asunto, las autoridades suecas transmitieron 18 de los 20 documentos del Consejo solicitados, relativos a la implantación de Europol, mientras que el Consejo sólo divulgó 4 de ellos.

cimiento de un derecho de veto en favor de los Estados miembros, no es menos cierto que debe atribuirse a esta disposición un efecto útil. Desde esta perspectiva, ha de convenirse con el Tribunal de Primera Instancia⁶⁴ en que el artículo 4, apartado 5, establece una *lex specialis* al colocar a los Estados miembros en una situación diferente a la del resto de terceros, regulada en el artículo 4, apartado 4. Pero para asegurar un efecto útil al artículo 4, apartado 5, basta con ver en él el derecho de un Estado miembro, si así lo ha solicitado, a ser consultado obligatoriamente por la institución ante la que se presenta la petición de divulgación del documento que éste le ha transmitido. El Estado miembro que pretende acogerse al artículo 4, apartado 5, se encuentra así en una posición privilegiada con respecto a los demás terceros, puesto que tiene la seguridad de poder manifestar a la institución en cuyo poder obra su documento los motivos por los que, según su criterio, éste no debe divulgarse, aunque dicha institución deduzca claramente si debe permitir o denegar la divulgación del documento. En otros términos, o bien el Estado miembro del que es originario el documento no formula la solicitud con arreglo al artículo 4, apartado 5, y entonces la institución en cuyo poder obra el documento sólo le consultará, conforme al artículo 4, apartado 4, al igual que a otros terceros, si no está claro si dicho documento debe divulgarse o no, o bien formula dicha solicitud y la institución deberá consultarle previamente en todo caso.

49. El Reino Unido objeta, ciertamente, que reducir el artículo 4, apartado 5, a una mera

obligación formal de consulta sistemática al Estado miembro del que es originario el documento en caso de que éste así lo haya solicitado, priva de verdadero alcance a esta disposición con respecto al artículo 4, apartado 4, puesto que la consulta con arreglo al artículo 4, apartado 5, hecha en casos en los que esté claro si el documento en cuestión debe o no divulgarse, carece de interés. Esta objeción carece de sentido, pues los motivos que un Estado miembro puede aducir para justificar la no divulgación por la institución en cuyo poder obra el documento que éste le transmitió no se limitan a las excepciones al derecho de acceso establecidas en el artículo 4, apartados 1 a 3, únicas razones por las que dicha institución puede deducir claramente si debe permitir o denegar la divulgación del documento.

50. Ciertamente, el Estado miembro del que procede el documento solicitado no puede invocar cualquier motivo para oponerse a que la institución ante la que se presentó la petición de acceso lo divulgue. Del artículo 255 CE, apartado 2, se desprende que estos motivos deben referirse necesariamente a intereses públicos o privados. Pero los «motivos de interés público o privado» que el Estado miembro puede aducir no se limitan a las excepciones al derecho de

64 — Apartado 58 de la sentencia recurrida.

acceso establecidas por el Reglamento, sino que también pueden derivarse del Derecho interno del Estado miembro de que se trate.

Derecho interno, es evidente que no podría hacerlo.

51. En definitiva, corresponderá a la institución en cuyo poder obre el documento resolver la solicitud de acceso, sin estar vinculada por el criterio del Estado miembro del que procede el documento. A este respecto, tampoco es posible adherirse a la interpretación del Tribunal de Primera Instancia según la cual el Estado miembro no está obligado a motivar la solicitud de no divulgación que realice con arreglo al artículo 4, apartado 5.⁶⁵ Si el Estado miembro no expone los motivos que, según él, justifican una denegación de acceso ¿cómo puede la institución tener conocimiento y, *a fortiori*, convencerse, de la existencia de una necesidad específica de confidencialidad?

52. Sin embargo, si bien, en el marco del examen de la motivación aducida por el Estado miembro, la institución puede revisar la apreciación que éste ha efectuado de una necesidad específica de confidencialidad con arreglo a una de las excepciones al derecho de acceso establecidas por el Reglamento, en el supuesto de que la solicitud de no divulgación formulada por el Estado miembro estuviera motivada por la protección de un interés público o privado prevista por el

53. No obstante, la institución podría, en mi opinión, no acceder a la solicitud de no divulgación basada en la necesidad específica de confidencialidad derivada del Derecho interno, si considerara que la transparencia del proceso comunitario de toma de decisiones así lo exige. Dicho de otro modo, si es necesario para una buena comprensión de los motivos que llevaron a la toma de la decisión comunitaria de referencia, la institución podrá, —e incluso deberá—, permitir el acceso a un documento originario de un Estado miembro a quien lo solicite, incluso aunque dicho Estado se opusiera invocando un secreto protegido por su Derecho interno. Ello obra en interés del respeto al objetivo de transparencia, del que participa el derecho fundamental de acceso a los documentos.⁶⁶

Es condición para la efectividad del principio de democracia, al que la transparencia está estrechamente vinculada, tal como se ha analizado. Obra finalmente en interés de la exigencia de congruencia estructural, pues la transferencia de competencias a la Comunidad no puede producir una disminución del control democrático por parte de los ciudadanos de los Estados miembros. Pues bien, esto se produciría, en particular, si un Estado miembro invocara la excepción al derecho de acceso derivada del Derecho interno relativa a la política exterior del Estado con respecto a todos los documentos que transmitiera a las instituciones para la toma de decisiones comunitaria. Si a un Estado miembro le bastara con invocar una excepción de este

65 — Apartado 59 de la sentencia recurrida.

66 — Para confirmarlo, remito en última instancia a la lectura esclarecedora del artículo 1-50 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

tipo para sustraerse de forma sistemática a cualquier solicitud de acceso a un documento relativo a su participación en el proceso de toma de decisiones de la Comunidad, se cuestionaría el papel desempeñado por el principio de transparencia en el control democrático del proceso político. En realidad, no puede admitirse que determinadas competencias que en el plano nacional están sujetas a mecanismos de control democrático, queden, como consecuencia de su transferencia a la Comunidad, sistemáticamente exentas de mecanismos equivalentes de control democrático, aduciendo que desde entonces pertenecen al ámbito de la «política exterior de los Estados».

54. Una institución ante la que se presenta una petición de acceso a un documento originario de un Estado miembro, al efectuar la apreciación del imperativo de transparencia del proceso comunitario de toma de decisiones para decidir el destino de dicha petición, también deberá considerar la integridad del Derecho interno, en cumplimiento del cual dicho Estado miembro solicitó la no divulgación con arreglo al artículo 4, apartado 5. Y reitero, cuanto mejores sean las condiciones en las que el Estado miembro pone a la institución, mediante la motivación de su solicitud de no divulgación, para que comprenda por qué la confidencialidad es necesaria para que se respete el derecho nacional y sus objetivos, tanto más sensible a ellos será ésta. Esta ponderación viene exigida por el principio de cooperación leal que regula las relaciones entre las instituciones y los Estados miembros, reiterado en el decimoquinto considerando del Reglamento, que también obliga a los Estados miembros a transmitir a las

instituciones los documentos necesarios para la toma de decisiones comunitarias e incluso, a la inversa, obliga a los Estados miembros a no comprometer la consecución de los objetivos de dicho reglamento cuando, de acuerdo con lo previsto por el artículo 5 del Reglamento, resuelven con arreglo a su Derecho interno una petición de acceso a un documento originario de una institución que obra en su poder.

55. Insisto en ello, en mi opinión, lo único que concuerda con la naturaleza de derecho fundamental de acceso a los documentos de las instituciones es reconocer a la institución en cuyo poder obra un documento originario de un Estado miembro un derecho a la última palabra, así encuadrado, sobre la petición de acceso al mismo que se le presenta. Recordemos, en efecto, que cualquier restricción a un derecho fundamental sólo puede justificarse si pretende la protección de un interés legítimo y si, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, no supera los límites de lo adecuado y necesario para lograr el objetivo perseguido.⁶⁷

56. Destaco finalmente que la interpretación que sugiero del artículo 4, apartado 5, del Reglamento tendrá, si no en Derecho sí al menos en la práctica, poca influencia sobre el

67 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 38.

alcance de la consulta al Estado miembro. En efecto, puede augurarse que, muy a menudo, la institución seguirá el criterio manifestado por el Estado miembro del que procede el documento solicitado.⁶⁸

57. De las consideraciones anteriores se deduce que la sentencia recurrida adolece de un error de derecho en la medida en que interpretó que el artículo 4, apartado 5, del Reglamento confería a los Estados miembros un derecho de veto sobre la divulgación por la institución en cuyo poder obran los documentos transmitidos por los Estados miembros y ante la que se presentó una petición de acceso a los mismos.

58. Si el Tribunal de Justicia no acepta la solución que propongo, considerando por el contrario que debe confirmar el fallo de la sentencia recurrida, debe introducir en todo caso, mediante la sustitución de motivos, un correctivo a la motivación expuesta por el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, creo que la interpretación⁶⁹ que éste hizo del

artículo 4, apartado 5, según la cual esta disposición obliga sistemáticamente a la institución en cuyo poder obra el documento solicitado a consultar al Estado miembro del que procede dicho documento antes de adoptar cualquier decisión sobre su divulgación, incluso aunque el Estado miembro no haya formulado anteriormente solicitud de confidencialidad alguna para, según parece, preguntarle precisamente si desea presentar dicha solicitud con arreglo al artículo 4, apartado 5, contradice el tenor literal claro de esta disposición, que subordina explícitamente la obligación de consulta del Estado miembro a la formulación previa por éste de una solicitud de no divulgación. Ciertamente, en el caso de autos, las autoridades alemanas habían transmitido a la Comisión los documentos nacionales solicitados antes de la entrada en vigor del Reglamento. Para este supuesto, las disposiciones de aplicación de dicho Reglamento introducidas por la Comisión en su Reglamento interno⁷⁰ establecían la obligación de consultar a la autoridad de origen, con independencia de si había formulado previamente una solicitud con arreglo al artículo 4, apartado 5. Así pues, poco importa para la legalidad de la sentencia recurrida que en el caso de autos se produjese la consulta de las autoridades alemanas aun cuando no existía solicitud previa alguna por su parte. Pero el carácter general de los términos empleados por el Tribunal de Primera Instancia induce a pensar que la exhortación que hace a las instituciones a consultar al Estado miembro del que procede el documento solicitado para preguntarle si desea hacer valer el artículo 4, apartado 5, es válido tanto para los documentos que éste les había transmitido con anterioridad a la vigencia del Reglamento como para los documentos transmitidos después de esa fecha. En esto

68 — Tal como ya se desprende de un primer balance realizado por la Comisión (véase el Informe de la Comisión sobre la aplicación de los principios del Reglamento, punto 3.5.1), es muy raro que las instituciones actúen en contra del criterio expresado por un tercero con arreglo al artículo 4, apartado 4.

69 — Apartado 60 de la sentencia recurrida.

70 — Véase el artículo 5, apartado 4, letra a), de la Decisión 2001/937. Como recordatorio de esta exigencia, véase la sentencia Messina/Comisión, antes citada, apartado 42.

la motivación de la sentencia contradice el tenor expreso del artículo 4, apartado 5, y por tanto no puede admitirse. Así pues, sugiero al Tribunal de Justicia que la modifique de manera que limite la obligación de que la institución que conoce de una

solicitud de acceso a un documento originario de un Estado miembro consulte a este último para determinar si desea invocar el artículo 4, apartado 5, al supuesto en que éste le hubiera transmitido dicho documento antes de la entrada en vigor del Reglamento.

III. Conclusión

59. Por todo ello, propongo al Tribunal de Justicia que estime el motivo de casación basado en la vulneración del Derecho comunitario y, en consecuencia, anule la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 30 de noviembre de 2004, *Internationaler Tierschutz-Fonds/Comisión* (T-168/02).